

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
Curriculum Diritto Internazionale – XXVII Ciclo

La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali ed il fenomeno del Land Grabbing

IUS/13

Dott.ssa Federica Violi
Matr. R09750

TUTOR:

Chiar.ma Prof.ssa Marcella Distefano

Chiar.mo Prof. Francesco Seatzu

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Chiar.ma Prof.ssa Ilaria Viarengo

A.A. 2013/2014

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA SOVRANITÀ PERMANENTE DEGLI STATI SULLE PROPRIE RISORSE NATURALI: EVOLUZIONE, CONTENUTO E CAMPO D'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO

SEZIONE PRIMA. IL PRINCIPIO DELLA SOVRANITÀ PERMANENTE DEGLI STATI SULLE RISORSE NATURALI.

1. Genesi del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali..... 1
2. Natura giuridica del principio: rilevazione del diritto generale, norme convenzionali e *soft law*. 11
3. Contenuto normativo della sovranità permanente sulle risorse naturali. 17
4. *Segue*: la dimensione *esterna* della sovranità permanente sulle risorse naturali: in particolare, l'affermazione della sovranità territoriale..... 24
5. *Segue*: la dimensione *interna* della sovranità permanente sulle risorse naturali 28
6. La tutela delle popolazioni indigene e delle *comunità localmente stanziati*.. 31

SEZIONE SECONDA. LA SOVRANITÀ ALIMENTARE.

7. La sovranità alimentare di fronte alla globalizzazione economica del mercato agricolo..... 40
8. La sicurezza alimentare tra diritto al cibo e diritto all'acqua..... 41
9. *Segue*: gli obblighi internazionali in materia di sicurezza alimentare..... 47
10. Dalla sicurezza alimentare alla sovranità alimentare: prospettive evolutive.... 51

SEZIONE TERZA. LA SOVRANITÀ AMBIENTALE.

11. La sovranità ambientale degli Stati e gli obblighi imposti dal diritto internazionale: in particolare, alla luce del principio dello sviluppo sostenibile e del principio dell'equità intergenerazionale..... 58
12. I diritti di partecipazione delle popolazioni coinvolte all'assunzione delle decisioni in materia ambientale..... 66
13. I principi di prevenzione e di precauzione: in particolare, la valutazione di impatto ambientale come obbligo procedurale d'implementazione dell'investimento..... 70

SEZIONE QUARTA. LA SOVRANITÀ ENERGETICA.

14. Approvvigionamento e sicurezza energetica. Le pratiche di sfruttamento delle risorse energetiche..... 74
15. L'impatto delle energie rinnovabili sulla sicurezza energetica fra retorica e sostenibilità..... 78
16. La tutela della biodiversità: in particolare, la salvaguardia delle colture tradizionali e l'impatto dei *biofuels*..... 82
17. La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali ed il fenomeno del *land grabbing*: rinvio..... 85

CAPITOLO SECONDO

LA CORSA ALLE TERRE: RICOSTRUZIONE DEL FENOMENO E FATTORI D'INVESTIMENTO

SEZIONE PRIMA. INQUADRAMENTO SOCIO-ECONOMICO DEL FENOMENO.

1.	Il <i>land grabbing</i> nel contesto della globalizzazione economica.....	89
2.	La decolonizzazione e l'evoluzione delle politiche agricole nei Paesi in via di sviluppo.....	97
3.	La globalizzazione della catena alimentare e le istanze di insicurezza alimentare.....	98
4.	Il <i>green grabbing</i> e le istanze di insicurezza energetica.....	101
5.	Prospettive di rendita finanziaria.....	107
SEZIONE SECONDA. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA FATTISPECIE.		
6.	Limitazione del campo d'indagine, in particolare il modello "ad enclave".	109
7.	Parti contrattuali del contratto d'investimento.....	112
8.	Terra inutilizzata o improduttiva: Status giuridico e vastità degli appezzamenti oggetto d'investimento.....	114
9.	Ricorrenti previsioni contrattuali nelle transazioni che regolano l'acquisizione delle terre in larga scala.....	120
10.	Conclusioni Preliminari: <i>Land grabbing</i> e sovranità permanente sulle risorse naturali: le questioni aperte.....	124

CAPITOLO TERZO

LE OPERAZIONI DI INVESTIMENTO IN LARGA SCALA SULLA TERRA: PROFILI GENERALI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO.

SEZIONE PRIMA. IL QUADRO GIURIDICO INTERNAZIONALE.

1.	Gli strumenti multilaterali in materia d'investimento.....	125
2.	Gli accordi bilaterali d'investimento, previsioni normative ricorrenti.....	137
3.	<i>Segue</i> . Espropriazione diretta e indiretta e legittimità delle <i>Regulatory Measures</i>	138
4.	<i>Segue</i> . Lo standard del <i>Fair and Equitable Treatment</i> : legittime aspettative dell'investitore e <i>host State's duty to regulate</i>	145
5.	<i>Segue</i> . Caratteri ed effetti delle clausole di stabilizzazione.....	148
6.	Gli accordi commerciali nel quadro normativo dell'OMC, profili di rilevanza in merito ai contratti d'investimento, in particolare il <i>TRIM</i> , l' <i>Accordo sull'Agricoltura</i> ed il <i>SCM Agreement</i>	151
7.	Il contenuto normativo delle operazioni d'investimento sulla terra: potenziali profili di contrasto con le norme che regolano il commercio internazionale.....	165
8.	La distinzione fra trattati e contratti stipulati tra soggetti di diritto internazionale.....	169

SEZIONE SECONDA. I CONTRATTI D'INVESTIMENTO. QUESTIONI GENERALI.

9.	Introduzione.....	174
10.	I contratti di Stato, problemi di teoria generale sulla determinazione della legge applicabile.....	175
11.	<i>Segue.</i> Il rapporto fra il diritto internazionale e il diritto interno relativamente a controversie contrattuali, in particolare l'art. 42 ICSID.....	188
12.	La qualificazione delle controversie sorte intorno ad una operazione d'investimento: la distinzione fra <i>Treaty and Contract claims</i> e l'effetto delle <i>Umbrella clauses</i>	193
13.	La contaminazione fra diritto internazionale generale e diritto internazionale degli investimenti.....	197
14.	L'armonizzazione del <i>corpus</i> di norme internazionali poste a tutela dei diritti umani con il diritto internazionale degli investimenti.....	201
15.	<i>Segue.</i> L'applicazione delle norme poste a tutela dei diritti umani tramite il richiamo al diritto interno dello Stato ospite o attraverso l'operare del diritto internazionale privato.....	206

CAPITOLO QUARTO

I PRINCIPALI CASI DI STUDIO

SEZIONE PRIMA. I CONTRATTI FRA STATI E SOCIETÀ PRIVATE IN CAMPO AGRICOLO.

1.	Introduzione.....	210
2.	<i>Convention between Republic of Cameroon and SG Sustainable Oils Cameroon PLC</i>	211
3.	<i>Segue.</i> La qualificazione del contratto e la legge ad esso applicabile.....	212
4.	<i>Segue.</i> Contenuto dei diritti concessi sulla terra.....	214
5.	<i>Segue.</i> Previsioni in materia lavorativa e ambientale.....	216
6.	<i>Segue.</i> Disposizioni relative alla trasferibilità dei diritti e degli obblighi delle parti in capo a terzi.....	218
7.	<i>Segue.</i> Profili di illegittimità e preesistenti diritti sulla terra.....	220
8.	<i>Segue.</i> Disposizioni in materia di risoluzione delle controversie che sorgano dall'esecuzione o dall'interpretazione del contratto.....	222
9.	<i>Segue.</i> Previsioni in merito a clausole di stabilizzazione e <i>Change of Law</i>	223
10.	<i>Segue.</i> Previsioni in materia fiscale e doganale e compatibilità con gli obblighi WTO.....	224
11.	<i>Segue.</i> Impatto sulle condizioni ambientali e sociali dell'Area di Produzione.....	226

SEZIONE SECONDA. GLI ACCORDI FRA STATI IN CAMPO AGRICOLO:

12.	<i>Convention d'investissement dans le Domaine agricole entre La République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe Libyenne populaire et socialiste</i>	229
-----	--	-----

13.	<i>Segue</i> . Rilevanti diritti ed obblighi previsti dal contratto in capo alle parti e previsioni in materia ambientale.....	230
14.	<i>Segue</i> . Legge applicabile al negozio, regime fiscal e profile di compatibilità con gli obblighi WTO.....	231
15.	<i>Special Agricultural Consultancy between the Government of the Syrian Arab Republic and the Government of the Republic of Sudan</i>	232
16.	<i>Segue</i> . Rilevanti diritti ed obblighi previsti dal contratto in capo alle parti.....	233
SEZIONE TERZA. I CONTRATTI FRA STATI E SOCIETÀ DI STATO IN CAMPO AGRICOLO.		
17.	<i>República China y Argentina (Río Negro): Convenio de entrega</i>	234
18.	<i>Segue</i> . Rilevanti diritti ed obblighi previsti dal contratto in capo alle parti.	235
19.	<i>Segue</i> . Impatto ambientale e sociale dell'operazione d'investimento.....	236
SEZIONE QUARTA. I CONTRATTI FRA PRIVATI IN CAMPO AGRICOLO.		
20.	<i>Memorandum of Agreement (MoA) with Far Eastern Agricultural Investment Company (FEAICO) of the Kingdom of Saudi Arabia and AgriNurture, Inc. (ANI)</i>	236
SEZIONE QUINTA. I CONTRATTI FRA COMUNITÀ RURALI E PRIVATI IN CAMPO AGRICOLO.		
21.	Introduzione.....	238
22.	<i>Contrat d'Exclusivite pour l'Utilisation de Terre entre Agro Africa (Norvège) et Koukane, Sénégal</i> , rilevanti diritti ed obblighi in capo alle parti.....	238
23.	Qualificazione del contratto e previsioni in materia di legge applicabile.....	239
24.	<i>Land Grabbing</i> e sovranità permanente sulle risorse naturali: <i>reductio ad unum</i>	241

CAPITOLO QUINTO

RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE, SOVRANITÀ PERMANENTE DEGLI STATI SULLE RISORSE NATURALI E LAND GRABBING

1.	Il fenomeno del <i>land grabbing</i> di fronte agli obblighi internazionali degli Stati in materia di diritti umani ed ambiente.....	243
2.	<i>Segue</i> . Il fenomeno della corsa alle terre vagliato alla luce del diritto ad un'alimentazione adeguata.....	244
3.	<i>Segue</i> . I potenziali profili di applicabilità del principio di autodeterminazione dei popoli.....	246
4.	<i>Segue</i> . La violazione degli obblighi sostanziali e procedurali in materia di ambiente.....	250
5.	<i>Segue</i> . Il regime di responsabilità dello Stato ospite, in particolare la violazione di obblighi <i>erga omnes</i>	252
6.	<i>Segue</i> . I profili di responsabilità internazionale dello Stato d'origine: in particolare, il ruolo delle società di Stato.....	256

7.	I profili di responsabilità della Banca Mondiale e delle altre Organizzazioni Internazionali coinvolte nel fenomeno.....	273
8.	I profili di responsabilità delle imprese multinazionali.....	279
9.	Le prime tendenze giurisprudenziali in materia.....	282
10.	Conclusioni.....	285
	NOTA BIBLIOGRAFICA.....	297

I have measured out my life with coffee spoons
The Love Song of J. Alfred Prufrock, T.S. Eliot

CAPITOLO PRIMO

*La sovranità permanente degli Stati sulle proprie risorse naturali:
evoluzione, contenuto e campo d'applicazione del principio*

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA. 1. Genesi del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. – 2. Natura giuridica del principio: rilevazione del diritto generale, norme convenzionali e *soft law*. – 3. Contenuto normativo della sovranità permanente sulle risorse naturali. – 4. *Segue*: la dimensione *esterna* della sovranità permanente sulle risorse naturali: in particolare, l'affermazione della sovranità territoriale. – 5. *Segue*: la dimensione *interna* della sovranità permanente sulle risorse naturali. – 6. La tutela delle popolazioni indigene e delle *comunità localmente stanziare*. **SEZIONE SECONDA. LA SOVRANITÀ ALIMENTARE.** 7. La sovranità alimentare di fronte alla globalizzazione economica del mercato agricolo. – 8. La sicurezza alimentare tra diritto al cibo e diritto all'acqua. – 9. *Segue*: gli obblighi internazionali in materia di sicurezza alimentare. – 10. Dalla sicurezza alimentare alla sovranità alimentare: prospettive evolutive. **SEZIONE TERZA. LA SOVRANITÀ AMBIENTALE.** 11. La sovranità ambientale degli Stati e gli obblighi imposti dal diritto internazionale: in particolare, alla luce del principio dello sviluppo sostenibile e del principio dell'equità intergenerazionale. – 12. I diritti di partecipazione delle popolazioni coinvolte all'assunzione delle decisioni in materia ambientale. – 13. I principi di prevenzione e di precauzione: in particolare, la valutazione d'impatto ambientale come obbligo procedurale d'implementazione dell'investimento. **SEZIONE QUARTA. LA SOVRANITÀ ENERGETICA.** 14. Approvvigionamento e sicurezza energetica. Le pratiche di sfruttamento delle risorse energetiche. – 15. L'impatto delle energie rinnovabili sulla sicurezza energetica fra retorica e sostenibilità. – 16. La tutela della biodiversità: in particolare, la salvaguardia delle colture tradizionali e l'impatto dei *biofuels*. – 17. La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali ed il fenomeno del *land grabbing*: rinvio.

Sezione Prima

1. Il principio della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali si è affermato ed evoluto in un momento storico caratterizzato da una vigorosa tensione politica ed economica, refluita in una serie dibattiti in seno all'Assemblea Generale

delle Nazioni Unite. La questione delle risorse naturali emerge, infatti, immediatamente dopo il secondo dopoguerra¹, quale riflesso della difficoltà delle potenze alleate di accedere a risorse naturali considerate vitali e localizzate nei confini di singoli Stati. Tale circostanza evidenziava la necessità di riflettere su un possibile sbocco cooperativo che risolvesse il problema della scarsità e della gestione delle risorse naturali.

Il dibattito sorto in seno all'Assemblea Generale² agli inizi degli anni 50' rifletteva, in effetti, il tentativo di accomodare le esigenze in parola. Sotto il punto '*Economic Development of Under-Developed Countries*' all'ordine del giorno, la Polonia introduceva una proposta di risoluzione in materia di "*integrated economic development and long-term trade agreements*"³. La bozza invitava gli Stati membri a concludere accordi commerciali con gli Stati meno sviluppati, per consentire loro di accedere agli strumenti essenziali per perseguire pienamente il proprio sviluppo economico ed ottenere, d'inverso, una stabile fornitura di materie prime da questi esportate. La proposta di risoluzione insisteva, inoltre, sulla necessità di non imporre alcun condizionamento politico ed economico ai diritti sovrani dei paesi coinvolti, né condizionamenti in grado di mettere a repentaglio il loro sviluppo economico. Quest'ultima clausola diede il via ad un consistente dibattito, confluito in una serie di emendamenti, il cui scopo era quello di correggere la direzione impressa dalla previsione di cui sopra, esigendo dai Paesi meno sviluppati di tenere conto non solo degli interessi nazionali, ma delle necessità dell'economia mondiale⁴. Il testo adottato nel 1952 con risoluzione n. 523⁵ rifletteva, quindi, i contrapposti interessi dei blocchi, che già da allora cominciavano a delinearsi. La versione di compromesso dava spazio alla espansione dell'economia mondiale, pur sempre lasciando gli Stati liberi di organizzare i loro piani di sviluppo economico e statuendo per la prima volta il diritto

¹ In effetti, le preoccupazioni dei Paesi sviluppati in merito alla scarsità delle risorse naturali e alla dipendenza dai Paesi ricchi di queste può farsi risalire già al periodo immediatamente successivo alla crisi economica del '29. La Carta Atlantica del 1941 conteneva, infatti, una previsione relativa all'eguale accesso per tutti gli Stati al commercio ed alle risorse naturali del mondo, necessarie alla prosperità economica di tutti i Paesi.

² Il dibattito era, in realtà, sorto già precedentemente su iniziativa dell'International Co-operative Alliance in seno all'ECOSOC ed, in seguito, alla FAO, all'interno delle cui sessioni non era stato, tuttavia, possibile coadiuvare un consenso. Sul punto, SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997, pp. 38 – 39.

³ UN Doc. A/C.2/L.81, 26 Novembre 1951.

⁴ Secondo i Paesi industrializzati, infatti, la formulazione proposta, che includeva per ciascun Stato il diritto di determinare i propri piani per lo sviluppo economico, non rifletteva sufficientemente le esigenze dell'economia mondiale, sul punto SCHRIJVER, *Sovereignty*, cit., p. 40

⁵ UN Doc. A/PV.360, 12 Gennaio 1952.

sovrano di determinare liberamente lo sfruttamento delle risorse naturali presenti sul territorio.

Il dibattito così avviato si acuì ulteriormente in seguito alla nazionalizzazione dell'*Anglo-Iranian Oil Company* nel 1951 da parte dell'Iran⁶, che metteva evidentemente a repentaglio la diretta fornitura di petrolio verso il Regno Unito. La disputa ebbe enorme ripercussione sul piano dei rapporti interstatali. Nelle more della controversia, sia l'ECOSOC che le Nazioni Unite furono teatro di un ampio dibattito relativo al diritto dei popoli e delle nazioni di gestire autonomamente le proprie risorse naturali.

La rivendicazione del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali si era inizialmente radicata in due direzioni, la prima, volta a rafforzare l'indipendenza economica dei Pvs, la seconda, diretta ad affermare la piena autodeterminazione dei popoli sottoposti a dominio coloniale⁷.

Un'iniziale manifestazione della prima delle tendenze indicate può rinvenirsi nella proposta di risoluzione dell'Uruguay del Novembre del 1952, che, ancora una volta sotto il cappello dell'*economic development of underdeveloped countries*, riconosceva la necessità per le nazioni più deboli economicamente di utilizzare ed esplorare le proprie risorse naturali per perseguire e finanziare il proprio sviluppo economico, sottolineando l'importanza del diritto di ciascun paese alla nazionalizzazione ed allo sfruttamento delle risorse, quale fattore essenziale per l'indipendenza economica⁸. La proposta sollevò inevitabilmente una serie di reazioni negative da parte dei paesi occidentali, provocando accese discussioni nell'ambito della AG, al punto che ben otto riunioni furono dedicate a tale risoluzione. Sebbene la risoluzione venne accolta positivamente da alcuni Stati latino-americani, altri, più scettici⁹, sottolineavano il

⁶ In virtù di un accordo di concessione sottoscritto nel 1933 fra la compagnia di proprietà del Regno Unito, l'*Anglo-Iranian Oil Company* e il governo dell'Iran, la prima aveva acquisito il diritto esclusivo di estrazione e lavorazione del petrolio in un'area specifica dello Stato Persiano. A Maggio del 1951, il Primo Ministro del governo socialista Iraniano decideva di procedere alla nazionalizzazione. Sulla controversia giurisprudenziale che ne seguì ed in particolare rispetto alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia, vedi Cap. III sez. II del presente lavoro.

⁷ La risoluzione dell'Assemblea generale 626 del 1952 ribadiva, da un lato, che il principio della sovranità permanente sulle risorse naturali è inerente alla sovranità statale e coerente con i principi di eguaglianza ed indipendenza fra gli Stati, sanciti dalla Carta ONU; dall'altro lato, il documento era diretto ad affermare una piena autodeterminazione economica e politica dei popoli che si trovavano o venivano fuori da una dominazione straniera, ed erano stati sottoposti ad un sistema giuridico e politico alla cui formazione non avevano partecipato.

⁸ È interessante notare che l'Uruguay nella sua proposta di risoluzione sosteneva che la nazionalizzazione delle risorse naturali fosse in linea con il diritto di autodeterminazione dei popoli per come teorizzato all'art. 1.2 della Carta delle Nazioni Unite.

⁹ In particolare Messico, Sud Africa ed Arabia Saudita, UN Doc. A/C.2/SR 231, 6 Dicembre 1952.

rischio che il dibattito su una simile questione avrebbe potuto compromettere la piena e legittima vigenza di una delle più chiare manifestazioni della sovranità statale. Da parte dei Paesi sviluppati, le obiezioni si riferivano, piuttosto, alla mancanza di alcun riferimento all'obbligo di compensazione da parte degli Stati che procedevano alle nazionalizzazioni, ed all'incoerenza nell'insistere sull'indipendenza economica, mentre enormi sforzi negoziali erano in corso per coadiuvare una più forte cooperazione ed interdipendenza economica internazionale. La risoluzione venne, quindi, modificata a favore di una versione che eliminava qualsiasi riferimento espresso alle nazionalizzazioni.

Sebbene il termine *nazionalizzazione* non era più rinvenibile nella versione modificata, la questione rimase comunque al centro del dibattito alimentando, fra gli Stati sviluppati, il timore che l'adozione della risoluzione in parola avrebbe potuto creare un'atmosfera sfavorevole al flusso di investimenti. La risoluzione venne, infine, adottata in seconda commissione dopo un'ulteriore modifica restrittiva intervenuta sulla parte operativa.

Il documento, discusso intensamente in Seconda Commissione, ed adottato con i voti contrari di USA e Regno Unito, non presentava, evidentemente, una portata chiarificatrice del significato normativo preciso della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali, ma aveva, indubbiamente, il merito di mantenere vivo il dibattito all'interno dell'Assemblea Generale, e di servire quale fondamento per portare all'ordine del giorno la questione del diritto dei popoli di disporre di se stessi nelle relazioni internazionali¹⁰. Inoltre, da un'analisi delle minute di discussione, può affermarsi che si era già coadiuvato il consenso intorno ad una serie di principi fondamentali: il diritto sovrano di ciascun Stato di usare e sfruttare le proprie risorse naturali ed il diritto di procedere a nazionalizzazione, quando tale atto fosse dettato da necessità di pubblico interesse.

Come già accennato, il dibattito sul punto si sviluppava contemporaneamente in diversi *fora*, che si occupavano di materie apparentemente differenti da quelle trattate in AG¹¹. Durante il periodo in analisi si stavano, infatti, redigendo in seno alla Commissione per i Diritti Umani i due Patti di New York del 1966, rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali.

¹⁰ Sul punto, vedi ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Paris, 1983, p. 115.

¹¹ Sul punto, vedi in particolare UN Doc. A/AC.97/1, 12 Maggio 1959.

Con risoluzione 545 del 1952 la AG decideva di introdurre nelle bozze dei Patti una previsione relativa al diritto di autodeterminazione dei popoli, includendo due paragrafi sui profili politici ed economici del principio. La questione diveniva ancora più complessa in seguito alla decisione del Cile di aggiungere un terzo paragrafo in ai due già proposti¹²: «*The right of the peoples to self-determination shall also include permanent sovereignty over their natural wealth and resources. In no case may a people be deprived of its means of subsistence on the grounds of any rights that may be claimed by other States.*» Il dibattito che seguì immediatamente dopo si incentrò essenzialmente su una serie di questioni giuridiche sollevate dalla proposta e relative, in particolare, al significato del termine sovranità utilizzato nel contesto del diritto di autodeterminazione dei popoli, in versione contrapposta a quella degli Stati.

La proposta evidenziava, poi, la tensione esistente fra i Paesi importatori ed esportatori di capitale, preoccupati che una previsione del genere potesse favorire un'espropriazione non seguita da una compensazione adeguata ed effettiva, in virtù dell'ultima parte del secondo inciso « *.. on the grounds of any rights that may be claimed by other States* » .

Inoltre, alcune delegazioni lamentavano l'articolazione inappropriata del principio, ritenendo che l'aggettivo "permanente" poco si addicesse al concetto di sovranità, notoriamente comprimibile tramite la ratifica di un qualsiasi trattato o accordo. Il rischio era, infatti, quello di minare la validità di qualsiasi negozio di concessione¹³, privando i beneficiari di qualsiasi garanzia rispetto all'intervento statale.

D'altronde, la Commissione per i Diritti Umani non sembrava il foro competente per occuparsi di questioni relative ai diritti ed agli obblighi degli Stati in materia economica. La stessa finì, tuttavia, per adottare con dieci voti a sei e due astensioni la proposta del Cile.

Fu subito chiaro tuttavia, che tale versione avrebbe stimolato aspri dibattiti durante le sessioni di negoziazione per l'adozione definitiva dei Patti. Le critiche mosse alla versione proposta dalla delegazione cilena originavano essenzialmente dal timore, che la sovranità permanente sulle risorse naturali, per come redatta nel testo del terzo paragrafo dell'art. 1, rischiasse di allontanarsi dal concetto di sovranità generalmente inteso, ingenerando una certa confusione in merito ai soggetti titolari della stessa.

¹² UN Doc. E/CN.4/L.24, 16 Aprile 1952.

¹³ La proposta rappresentava, inoltre, un serio pericolo per la cooperazione economica internazionale.

Nel tentativo di coadiuvare un consenso ed uscire dall'*impasse* generato dalla proposta cilena, venne istituito dall'Assemblea Generale un Gruppo di Lavoro composto da nove paesi designati dal presidente della Terza Commissione (per gli Affari Sociali, Umanitari e Culturali). La proposta elaborata in seno al gruppo di lavoro, modificava significativamente la proposta cilena: «*The peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence*». Veniva eliminato, *in primis*, il riferimento alla sovranità permanente sulle risorse naturali¹⁴. Secondariamente veniva inserito un esplicito riferimento agli obblighi nascenti dalla cooperazione economica e dal diritto internazionale in generale.

Rimanevano tuttavia una serie di perplessità in merito al termine *popolo* ed alla difficoltà di riconnettere in capo ad esso, inteso quale entità non ancora completamente indipendente e sovrana, diritti ed obblighi generalmente riconnessi agli Stati¹⁵.

Nonostante l'assenza di un pieno consenso rispetto alla versione riformata dal *Working Group*, il testo fu adottato definitivamente ed inserito nei Patti del '66¹⁶.

In seguito al dibattito sorto intorno alla questione dell'autodeterminazione dei popoli, la Commissione per i Diritti Umani decise di chiedere all'Assemblea Generale di istituire una commissione, con il compito di studiare il diritto dei popoli e delle nazioni alla sovranità permanente sulle loro risorse naturali, considerata quale base costitutiva del diritto all'autodeterminazione. Sebbene gli Stati occidentali continuassero a trovare illogico l'utilizzo del termine sovranità rispetto a popoli non ancora organizzati in Stati sovrani, la proposta fu comunque accolta e venne così istituita la Commissione sulla Sovranità Permanente sulle Risorse Naturali¹⁷.

La Commissione deteneva essenzialmente due compiti: il primo era quello di condurre un'indagine sullo *status* del principio ed il secondo era quello di contribuire al

¹⁴ Secondo il *Chairman*, infatti, non aveva senso parlare di popoli, in quanto la sovranità è attribuito esclusivo degli Stati.

¹⁵ L'obiezione venne mossa, in particolare, dal Regno Unito. UN Doc. A/C.3/SR.669, 23 Novembre 1955.

¹⁶ Solo in seguito ad un emendamento proposto dai Paesi del G77, furono inseriti gli artt. 25 e 47 rispettivamente nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali e nel Patto sui diritti civili e politici.

¹⁷ A/RES/1314 (XIII).

rafforzamento ed all'evoluzione dello stesso tramite l'adozione di raccomandazioni o risoluzioni¹⁸.

All'attenzione della Commissione furono quindi presentate due diverse proposte di risoluzione, la prima redatta dall'Unione Sovietica, la seconda dal Cile e considerata più equilibrata e rispettosa del diritto internazionale vigente¹⁹.

Il dibattito generale condusse, dopo una serie di emendamenti e votazioni separate sulle singole clausole, all'adozione della proposta cilena refluata nella risoluzione 1803 del 14 Dicembre 1962, la Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali²⁰.

La dichiarazione affermava, quindi, al primo paragrafo «*the right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.*». Il riferimento ai popoli restava dunque nel testo, nonostante il disaccordo fra gli Stati²¹. Anche le collettività ancora non pienamente indipendenti potevano quindi disporre pienamente delle loro risorse naturali per esercitare il loro diritto all'autodeterminazione ed ottenere piena autonomia. In merito alle nazionalizzazioni, come si è già detto, se pure si era coadiuvato un consenso relativamente all'obbligo di compensazione *per se*, non si era raggiunto alcun accordo relativo alle *modalità* di indennizzo, come dimostra il generico riferimento al quarto paragrafo della risoluzione ad un *appropriate compensation*²². La questione si ripresentò vigorosamente pochi anni dopo.

¹⁸ Il fatto che la Commissione fosse composta da soli tre Stati dei diciotto presenti in seno all'ECOSOC pose una serie di perplessità in merito alla potenziale parzialità della stessa. Il Giappone tentò, quindi, di spostare il dibattito in seno a quest'ultimo, sollevando una serie di dubbi sull'autodeterminazione dei popoli - riconosciuto come *principio* e non come *diritto* nella Carta delle Nazioni Unite -, e sull'esistenza del principio di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali quale principio autonomo rispetto alla sovranità nazionale. Le osservazioni giapponesi accesero un intenso dibattito che determinò un lungo stallo, sfociato poi nel rinvio della questione, corredato dal Report della Commissione, prima alla sedicesima ed in seguito alla diciassettesima sessione dell'Assemblea Generale.

¹⁹ La proposta prevedeva, in particolare, che l'esercizio della sovranità permanente dovesse essere diretto al beneficio del popolo dello Stato in questione, mettendo, però, contemporaneamente in risalto la questione della cooperazione economica, di estrema importanza per numerose delegazioni.

²⁰ La Dichiarazione fu adottata con una maggioranza di ottantasette voti a favore, due contro (Francia e Sud Africa) e dodici astensioni. In particolare la Francia motivò il suo voto contrario, a causa del mancato esame dei profili giuridici della proposta da parte degli organi competenti, come la Sesta Commissione o la CDI.

²¹ Il riferimento ai popoli era un tema assai caro ai Pvs, in ragione del fatto che non si era ancora esaurito completamente il processo di decolonizzazione. Sul punto vedi est. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali, tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, 2009, p. 21 ss.

²² Vedi la risoluzione 1803, par. 4: «*Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid*

In seguito al rapido concludersi del processo di decolonizzazione, questa doppia valenza, – che prediligeva da un lato i popoli e dall'altro gli Stati – lasciò lo spazio ad una connotazione marcatamente statale della sovranità permanente sulle risorse naturali, volta precipuamente ad una piena emancipazione dei Paesi in via di sviluppo ed alla redistribuzione degli equilibri di potere nelle relazioni economiche con i Paesi sviluppati.

Se subito dopo l'adozione della risoluzione 1803 gli Stati manifestarono una tendenza alla cooperazione internazionale allo sviluppo, la crisi petrolifera e gli embarghi politici condussero ad un'intensa ondata di nazionalizzazioni che produsse inevitabilmente l'acuirsi del divario fra i Pvs ed i Paesi industrializzati²³. Questa fase coincise con l'adozione della risoluzione sul Nuovo Ordine Economico Internazionale²⁴, sostituito successivamente dalla Carta dei diritti e doveri economici degli Stati²⁵.

Sulla scorta di tali tendenze, il concetto di sovranità veniva progressivamente interpretato nella sua accezione più rigida: la sovranità permanente sulle risorse naturali era rilevante ai soli fini del potere di amministrazione, controllo e sfruttamento delle risorse dello Stato territoriale. I nuovi Stati si prefiggevano l'obiettivo del

appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication».

²³ Le modalità operative ed il valore di indennizzo delle nazionalizzazioni furono a lungo oggetto di contesa fra i Pvs e gli Stati industrializzati. Sarà la prassi statale ad evolversi rispetto ai criteri di compensazione, specificando gli obblighi di indennizzo tramite gli accordi di investimento o i contratti di Stato. Sul punto cfr. FRANCIONI, *Compensation for Nationalisation of Foreign Property: the borderline between Law and Equity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1975 p. 256 ss.; GIARDINA, *La legittimità internazionale dell'indennizzo*, in *Democrazia e Diritto*, 1970 p. 256 ss.; FRIGO *Nazionalizzazioni e Diritto internazionale*, in *Economia Pubblica*, 1978, p. 316 ss.; GARCIA-AMADOR, *The Proposed New International Economic Order, A New Approach*, in *Lawyer of the Americas*, 1980, p. 1 ss.; SCHACHTER, *Compensation for Expropriation*, in *American Law Journal*, 1984, p. 121 ss.; MURPHY, *Compensation for Nationalisation in International Law*, in *South Africa Law Journal*, 1993, p. 79 ss. Cfr. inoltre Cap. III sez. III del presente lavoro.

²⁴ Cfr. A/RES/3201 e 3202, 1974. In seguito ai mutamenti intercorsi nella decade immediatamente successiva e alla crisi legata alle materie prime, su iniziativa dell'Algeria fu proposta una sessione speciale esclusivamente dedicata ai problemi delle materie prime e dello sviluppo. Fu durante detta sessione, che i novantacinque Stati Membri del Gruppo dei 77 proposero una *Draft Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, accompagnata da un Programma d'azione. I Paesi industrializzati non si trovavano concordi rispetto alle posizioni espresse dai G77. In particolare, seri dubbi destava l'estensione del principio di sovranità permanente anche alle attività economiche, oltre che alle risorse presenti sul territorio statale.

²⁵ Vedi A/RES/3281, 1974. Sul punto cfr. anche BOSCHIERO, *L'ineguaglianza compensatrice: dalla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in PANEBIANCO (a cura di) *Dieci anni dalla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati. Italia, Europa, Terzo Mondo: Colloquio internazionale 2 maggio 1984*, Napoli, 1986.

raggiungimento di una piena indipendenza, mediante il perseguimento dello sviluppo economico operato attraverso la ritrovata libertà di disporre delle proprie risorse naturali. Si palesava, quindi, in maniera pregnante la volontà degli Stati di riappropriarsi del controllo sulle risorse, tramite un pervasivo monitoraggio sull'attività degli investitori stranieri che agivano sul territorio ed una stringente regolamentazione in merito all'ammissione degli investimenti stranieri. Il Nuovo Ordine Economico mirava, in altri termini, ad impedire qualsiasi intervento esterno che potesse ostacolare l'effettivo esercizio dello Stato della sovranità sulle proprie risorse naturali e ad alterare l'originario equilibrio dell'ordine economico internazionale in maniera tale da restringere il *gap* di sviluppo tra paesi ricchi e meno sviluppati. La sovranità permanente rappresentava in questo senso uno strumento fondamentale.

La preoccupazione risiedeva in particolare nella formulazione del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali, che differiva da quanto previsto dalla risoluzione 1803²⁶.

La mancanza di un consenso pieno sul significato normativo del principio continuava a ripercuotersi sul dibattito relativo alla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati, adottata con risoluzione 3281 nel dicembre del 1974²⁷. L'idea, sorta durante la seconda sessione dell'UNCTAD su iniziativa del presidente messicano Echeverria, era quella di adottare un documento che rappresentasse un codice di regolamentazione delle relazioni economiche fra Stati e che prestasse particolare attenzione alla questione del sottosviluppo e della condivisione delle risorse naturali.

Sebbene il documento si proponesse di enunciare principi già esistenti ai sensi del diritto internazionale vigente, l'obiettivo era quello di contribuire allo sviluppo progressivo di nuove norme in grado di rispondere alle emergenti necessità della comunità internazionale, in modo da apportare un intenso rinnovamento alle relazioni

²⁶ Se, infatti, con la Dichiarazione 1803 si era raggiunto un certo consenso rispetto all'esercizio della sovranità permanente sulle risorse naturali, le nuove risoluzioni non riflettevano una posizione comune di tutti gli Stati sulle nuove previsioni ivi contenute. Sul punto, vedi SCHRIJVER, cit. p. 91 ss; BROWNLIE, *Legal Status of Natural Resources*, in *RdC*, 1979-I, p. 253 ss.

²⁷ Ci vollero circa tre anni per elaborarla. Alla fine fu adottata con centoventi voti a sei e dieci astensioni. Il problema della Carta risiedeva, essenzialmente, nell'intrinseca contraddizione fra la rigida affermazione della sovranità sulle risorse naturali e la contemporanea affermazione dell'esigenza di istituire un ordine economico interdipendente. Sul punto, BROWNLIE, cit. p. 264 ss; PICONE, *Ordine economico internazionale*, in *Diritto internazionale dell'economia*, PICONE, SACERDOTI (a cura di), 1982, Milano, p. 161 ss.

esistenti²⁸. Rispetto alla risoluzione 1803 i nuovi elementi riguardavano, in particolare, un obbligo da imporre alle imprese transnazionali di non intervenire negli affari interni degli Stati ed un esplicito obbligo di cooperazione.

Ancora una volta, il *fil rouge* del dibattito era incardinato in capo alla questione della nazionalizzazione. In particolare lo scontro si giocava fra i paesi industrializzati, che insistevano per mantenere la formula Hull²⁹ e i Pvs che preferivano, invece, che la Carta mantenesse il riferimento all' *appropriate compensation*. Questa avrebbe dovuto tener conto dell'indebito o ingiusto arricchimento delle imprese straniere ottenuto durante il periodo della colonizzazione, o presenti sul territorio dello Stato in situazione di monopolio o altre posizioni economicamente privilegiate.

La Carta non riuscì tuttavia a servire lo scopo di elaborare un codice universale. Negli anni a seguire, infatti, il contrasto fra Stati industrializzati e Pvs non consentì di trasformare le previsioni contenute nella Carta in obblighi vincolanti. D'altronde sia il NOEI che la Carta ponevano una serie di obblighi principalmente a carico dei Paesi industrializzati, che nessun interesse avevano a riformare l'ordine economico mondiale.

In seguito, le discussioni sul punto si esaurirono. I riferimenti al principio della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali si fecero sempre più rari negli atti adottati in seno alle Nazioni Unite, lasciando lo spazio a meri rinvii, che ribadivano la vigenza del principio. Dalla fine degli anni '70, infatti le posizioni drastiche sino a quel momento adottate, lasciarono lo spazio ad un certo pragmatismo dettato dalle necessità dell'economia reale³⁰.

Su un altro versante, è invece interessante osservare come l'evoluzione del principio dà conto di una rinnovata attenzione ad un requisito poco considerato fino agli inizi degli anni '80, eppure già presente sin dall'inizio della formulazione del principio: l'esercizio della sovranità permanente sulle risorse naturali *nell'interesse della popolazione*. In questo senso possono leggersi i riferimenti presenti in una serie di strumenti internazionali dedicati, ad esempio, allo sviluppo sostenibile, e i corrispettivi obblighi in capo agli Stati. Ci pare, infatti, che il principio, al di là della componente legata all'indipendenza economica degli Stati, presenti delle potenzialità applicative

²⁸ Non era, infatti, presente alcun chiaro e pienamente vincolante obbligo di rispettare gli obblighi di diritto internazionale vigenti se non con un generico riferimento al “*fulfilment in good faith*”. Sul punto, vedi *infra*.

²⁹ Il pagamento, cioè di un indennizzo *prompt, adequate and effective*.

³⁰ Sul punto vedi SCHRIJVER, cit. p. 118. In particolare, la necessità di attrarre investimenti esteri si fece particolarmente intensa a causa della condizione di sottosviluppo in cui versavano i Pvs. In questo senso vedi e.g. l'adozione della risoluzione A/RES/3362 (S-VII) del 1979 su sviluppo e cooperazione economica internazionale.

dotate di una forte spinta evolutiva. Prima di vagliarne i singoli casi, conviene esaminare la *natura* del principio dal punto di vista strettamente normativo.

2. La questione delle risorse naturali non trovava specifico riconoscimento nel diritto internazionale classico. Le attività economiche ad esse connesse erano generalmente ricondotte all'alveo della responsabilità degli Stati per *injuries to aliens* e sottoposte alla dottrina dell'*alienability*, condotta, in linea di massima, sotto l'egida di regimi coloniali o post-coloniali³¹.

Il concetto di sovranità tradizionalmente inteso³², era, infatti, per lo più identificato in relazione ai rapporti giuridico – politici intrattenuti dagli Stati. In particolare, la sovranità territoriale era, per lo più, equiparata ad uno *ius excludendi alios* e disciplinata dalle classiche regole relative ai modi di acquisizione o cessione del territorio, disinteressandosi del fattore economico legato alle risorse su di esso presenti³³.

V'è dunque da chiedersi se, come pure ritenuto da taluni³⁴, il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali rappresenti una novità nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, o, piuttosto, non si tratti di una specificazione di norme già esistenti³⁵.

Ed in effetti, pare utile anticipare che, a nostro parere, tale concetto non determini un ampliamento nell'oggetto delle competenze statali riconnesse all'esercizio della sovranità dello Stato. Dal punto di vista strettamente giuridico, quindi, la rinnovata

³¹ Vedi sul punto BROWNIE, cit., p. 258 ss.; ABI SAAB, *Permanente sovereignty over natural resources and economic activities*, in *International Law, Achievements and Prospects*, BEDJAOUI (ed.), 1992, Boston, pp. 597 ss; FRIGO, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in *Diritto Internazionale dell'economia*, PICONE, SACERDOTI (eds.), Milano 1982, p. 245 ss.

³² Sul concetto di sovranità ed eguaglianza fra gli Stati cfr. per tutti DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, *Cours général de droit international public* 2002, pp. 95 e ss.

³³ Sulla dimensione territoriale della sovranità permanente vedi estensivamente *infra*.

³⁴ Nel senso dell'emergere di un concetto autonomo, vedi SCHACHTER, cit., p. 138 ss. ; nel senso di una sorta di divergenza specificativa del principio, vedi PICONE, *Ordine*, cit., p. 63; O'KEEFE, *The United Nations and Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Journal of World Trade Law*, 1974, p. 239 ss Quest'ultimo autore sembrerebbe non riconnettere al principio alcuna valenza giuridica, lasciandola ai singoli diritti da esso discendenti.; vedi inoltre ELIAN, *Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international*, in *RdC*, 1979, p. 137 ss; PELLET, DAILLEUR, FORTEAU, *Droit International Public*, Parigi, 2010, p. 678.

³⁵ In questo senso, CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law: Principles and Practice*, London, 1984, p 10 ss.

attenzione al rilievo economico non presenta alcun effetto distorsivo o limitativo sul concetto di sovranità³⁶ *per se* considerato.

La rivendicazione trovava, piuttosto, la sua ragione legittimante nella ravvisata impossibilità di garantire piena indipendenza agli Stati di nuova formazione tramite un mero riconoscimento della sovranità politica. Era infatti, necessario, che ad essa seguisse quella economica, fondamentale per il riequilibrio delle relazioni internazionali³⁷.

Volendo, quindi, ricondurre il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali a principio regolatore dei rapporti economico-giuridici intercorrenti fra gli Stati³⁸, può osservarsi come questo venga oggi richiamato a base o fonte di una serie di pretese degli Stati, volte al riequilibrio delle situazioni di ineguaglianza economica. In particolare, ci pare di poter ritenere, in via preliminare, che il *nocciolo duro* del principio risieda nella libera disposizione delle risorse naturali presenti sul territorio statale³⁹.

Il *nocciolo duro* o il *contenuto minimo* del principio di sovranità sulle risorse naturali è, però, contornato da una serie di corollari, che ne specificano ulteriormente il *contenuto eventuale*. Tuttavia, questi ultimi non ne condividono necessariamente la natura e l'efficacia giuridica.

Tali estrinsecazioni, in quanto norme giuridiche a sé stanti, pur traendo quale fonte di legittimazione il principio di sovranità permanente, ne regolano i limiti d'esercizio in relazione ai diritti ed agli obblighi che da essa discendono⁴⁰.

Prima di analizzare le singole estrinsecazioni che da tale principio possono derivare, è necessario verificare lo *status* normativo della sovranità permanente.

Come visto finora, la formazione e l'evoluzione del principio della sovranità permanente sono state particolarmente travagliate, considerata l'origine *materiale* della

³⁶ Sul concetto di sovranità "in evoluzione" vedi estensivamente CHAUMONT, *Cours general de droit international public*, in *RdC*, 1970-I, pp. 398 ss.

³⁷ Vedi in questo senso FRIGO, cit., p. 248.

³⁸ Cfr. PICONE, cit. p. 62, che qualifica la sovranità permanente come un principio fondamentale della costituzione economica dell'ordinamento internazionale. L'autore specifica che, in effetti, il contenuto della situazione giuridica di sovranità così come tutelata dal diritto internazionale vigente ha assunto portata più pregnante rispetto a quanto tradizionalmente inteso, facendo rilevare una divergenza rispetto alle situazioni degli Stati regolate generalmente dal diritto internazionale. Come già indicato, riteniamo, tuttavia, che il significato normativo del concetto sia del tutto compatibile con il principio di sovranità inteso in senso classico. Il fattore economico ne specifica le competenze, ma non si allontana dall'originario significato normativo.

³⁹ Sui possibili significati normativi del principio di autodeterminazione e sul rapporto intercorrente fra esso e il principio di sovranità permanente, vedi estensivamente paragrafo 5 del presente lavoro.

⁴⁰ Sulla natura dei limiti alla sovranità, se inerenti alla stessa o derivanti da relazioni giuridiche esterne vedi paragrafo 4 del presente capitolo.

sua formulazione. Il principio, infatti, è stato discusso e formulato in seno all'Assemblea Generale (ed ai suoi organi sussidiari) che, come tale, non gode esplicitamente di competenze di carattere legislativo⁴¹. Da tale circostanza si fa derivare che gli atti da essa adottati non siano dotati di efficacia normativa; in altri termini essi non sono in grado *per se* di creare nuovo diritto. Tuttavia, sostenere che tali atti siano privi di qualsiasi effetto ai sensi di diritto internazionale, non pare allo stesso modo potersi ritenere condivisibile.

In primis è lo stesso art. 13 della Carta Onu che riconosce la possibilità che l'Assemblea adotti raccomandazioni volte ad incoraggiare lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale. In secondo luogo, è da rigettare l'ipotesi che le risoluzioni abbiano valore meramente politico⁴². La risoluzione può qualificarsi, infatti, come atto legittimo emanato dall'AG nell'esercizio delle sue funzioni. Bisogna dunque interrogarsi sull'efficacia giuridica delle stesse⁴³.

Taluni ritengono che tali risoluzioni possano assurgere ad interpretazione autentica delle previsioni contenute nella Carta ONU, specificando ed esplicando alcuni principi in essa contenuti. Tale carattere pare abbiano assunto alcune previsioni contenute nella Dichiarazione sui Principi di Diritto internazionale sulle Relazioni Amichevoli e di Cooperazione fra gli Stati secondo la Carta delle Nazioni Unite del 1970 o la Dichiarazione sull'indipendenza ai popoli ed agli Stati sottoposti a dominio coloniale del 1960.

Particolarmente interessante, specialmente ai nostri fini, è l'ipotesi che i principi contenuti nelle risoluzioni possano qualificarsi come elemento materiale di norme giuridiche, il cui fondamento normativo risiederebbe però altrove, nei "mezzi tradizionalmente accertati di produzione giuridica"⁴⁴. In questo senso può ritenersi che le risoluzioni possano concorrere alla formazione di nuove norme consuetudinarie perché espressive dell'*opinio juris* degli Stati rispetto alle previsioni contenute nell'atto

⁴¹ Tranne in alcuni casi specifici, come ad esempio le decisioni sulla *membership*. Sulla questione la dottrina è vastissima, sia lecito rinviare in via esemplificativa ai chiari autori che si sono occupati della materia: ASAMOAH, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Den Haag, 1966; CASTANEDA, *Valeur juridique des Résolutions des Nations Unies*, in RdC, 1970-I; HIGGINS, *The United Nations and Law-making: the Political Organs*, in *ASIL Proceedings*, 1970, p. 47; ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, in RdC, 1972-III; SCHWEBEL, *The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law*, in *ASIL Proceedings*, 1979, p. 303 ss.

⁴² VIRALLY, *Vers un droit international du développement*, Parigi; FISCHER, *La souveraineté sur les ressources naturelles*, in *Annuaire français du droit international*, 1962, p. 518.

⁴³ Sulla differenza fra raccomandazioni e risoluzioni vedi VIRALLY, cit. p. 523.

⁴⁴ Così BROWNLIE, cit. p. 264, HIGGINS, cit. estensivamente; ARANGIO – RUIZ, cit. , nel senso di fonti in senso materiale, p. 480 ss

di volta in volta adottato⁴⁵. Può quindi ritenersi che esse contribuiscano alla formazione di nuove norme consuetudinarie, ma il loro valore giuridico non risiede nell'atto in sé, quanto nella fonte che essa contribuisce a produrre, funzionando da catalizzatore nella formazione della norma. L'impatto delle risoluzioni sul processo di rinnovamento e formazione delle norme internazionali è dunque innegabile.

Non sembra, d'altro canto, potersi condividere la posizione di chi ritiene che le risoluzioni, in determinati casi⁴⁶, possano equipararsi agli accordi, atteso che sia riscontrabile una sicura volontà di obbligarsi. L'obiezione generalmente mossa, e che ci pare condivisibile nel ritenere tale ipotesi inaccettabile, è che, diversamente, si incorrerebbe nel rischio di far discendere dalla Carta delle Nazioni Unite effetti non espressamente voluti da essa⁴⁷.

L'ipotesi più interessante ai nostri fini è che la risoluzione possa specificare o confermare norme già esistenti ai sensi del diritto internazionale, assumendo un carattere meramente declaratorio, dotato, tuttavia, di una forte carica dimostrativa⁴⁸. In tale categoria pare potersi ricondurre la risoluzione 1803 del 1962⁴⁹. Il riferimento

⁴⁵ Di tale avviso è anche la Corte Internazionale di Giustizia, in particolare nei casi *Western Sahara Advisory Opinion of 16 October 1975* (par. 52 – 59) e *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1907) Advisory Opinion of 21 June 1971* (par. 22), la Corte ha specificato che tali risoluzioni possono esercitare un impatto sul diritto internazionale consuetudinario. Naturalmente l'esame andrà condotto caso per caso. E' necessario, infatti, che il consenso all'adozione delle risoluzioni sia condiviso dalla generalità o da una maggioranza qualificata di Stati. Da quest'ultima ipotesi, ROELING, cit., farebbe discendere l'esistenza di "permissive resolutions", per tali intendendosi risoluzioni che riconoscono diritti in capo agli Stati, generalmente non ammessi ai sensi del diritto internazionale. Sul valore dell'obiettivo persistente rispetto alla votazione di risoluzioni in seno all'AG vedi BROWNLIE, cit. p. 265.

⁴⁶ Vedi, in particolare, CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Napoli, 1968, p. 138 ss. Altrettanto fondata sulla libertà delle forme è l'ipotesi che a tali atti andrebbe attribuito immediatamente valore giuridico. Sarebbe infatti artificioso ricondurre il fenomeno a meccanismi di produzione già esistenti ai sensi del diritto internazionale, quali consuetudini e accordi; si tratterebbe infatti di uno specifico fenomeno del del diritto internazionale, che vede attribuire all'Assemblea Generale una competenza quasi – legislativa, coerente con la rilevanza sempre maggiore assunta dalle organizzazioni internazionali nel contemporaneo ordine giuridico, sul punto FALCK, *On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly of the United Nations*, in *American Journal of International Law*, 1966, p. 782 ss; BOWETT, cit., p. 46.

⁴⁷ Sul punto, FRIGO, cit. p. 263 ss.,

⁴⁸ Vedi in particolare il caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Judgment of 26 November 1984*, in cui la Corte Internazionale di Giustizia afferma che "in its quest for the truth, it may also take note of the resolutions adopted or discussed by [international] organizations, in so far as factually relevant" (para 44). Sul punto vedi HIGGINS, cit., p. 12.

⁴⁹ La dottrina sembra unanime in tal senso. Lo stesso può dirsi anche in merito all'*opinio* degli Stati; interessanti in questo senso le dichiarazioni del delegato statunitense rispetto ad una possibile alterazione dell'equilibrio già raggiunto tramite la risoluzione 1803, A/A.C./S.438, 13 Ottobre 1972. Vedi anche la decisione arbitrale nel caso *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Government of the Libyan Arab Republic*, 19 Gennaio 1977, in cui l'arbitro unico Dupuy R. J. afferma che la risoluzione dell'Assemblea Generale n. 1803 del 14 Dicembre 1962, adottata da una grande maggioranza di Paesi, facenti parte di diverse aree geografiche e sistemi economici, esprimeva la *communis opinio* degli Stati. Allo stesso modo si è

espresso alla conformità delle previsioni ivi contenute al diritto internazionale, che condiziona il legittimo esercizio della sovranità permanente, e l'equilibrio raggiunto rispetto al rapporto tra sovranità permanente e gli obblighi internazionali degli Stati ne confermano la natura. Altrettanto non pare invece potersi sostenere per le risoluzioni ad essa seguite in relazione ai corollari discendenti dal principio, in particolare relativamente alla già citata Carta sui diritti e gli obblighi economici degli Stati⁵⁰.

Il principio di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali è stato egualmente incorporato in una serie di disposizioni pattizie, non dedicate in maniera esplicita al principio, ma relative, piuttosto, ad altre materie, ad indicazione della particolare pregnanza normativa della sovranità permanente e della sua rilevanza nell'esecuzione di obblighi e diritti di altro ambito normativo.

A rilevare, *in primis*, è il primo articolo comune ai due Patti Internazionali di New York del 1966⁵¹. Allo stesso modo, l'art. 21 della Carta Africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli afferma che «*All peoples shall freely dispose of their wealth and natural resources. This right shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall a people be deprived of it.*». Tra le altre norme pattizie fra le quali è possibile riscontrare un riferimento al principio della sovranità permanente sono certamente i trattati in materia ambientale⁵², per la quale il principio, come si vedrà più avanti, assume un importante significato.

Appurata la natura consuetudinaria del principio generale della sovranità permanente e richiamate brevemente le disposizioni pattizie nelle quali esso è inserito, vale la pena chiedersi se il principio, come da più parti ritenuto, sia dotato di imperatività⁵³. Sono, in

espressa la Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Armed Activities (Congo v Uganda)*, 19 Dicembre 2005, par. 244: "(...)The Court recalls that the principle of permanent sovereignty over natural resources is expressed in General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962 and further elaborated in the Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (General Assembly resolution 3201 (S.VI) of 1 May 1974) and the Charter of Economic Rights and Duties of States (General Assembly resolution 3281 (XXIX) of 12 December 1974). While recognizing the importance of this principle, which is a principle of customary international law (...)"

⁵⁰ In realtà BROWNLIE, cit., riteneva che alcune delle disposizioni della CERDS potessero contribuire alla formazione di talune norme consuetudinarie. A noi sembra che per la maggior parte delle disposizioni contenute in tale Carta si tratti al massimo di *droit programmatore*, anch'esso ascrivibile fra i possibili esiti giuridici delle risoluzioni dell'Assemblea Generale.

⁵¹ Art. 1 comune ai due Patti: «*All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.*».

⁵² Vedi in particolare la Convenzione sulla Diversità Biologica, sottoscritta a Rio de Janeiro il 5 giugno del 1992, principi 3 e 4.

⁵³ Sul punto BROWNLIE, cit., ritiene che il principio non abbia ancora raggiunto tale *status*, ma sia un buon candidato; di avviso pienamente positivo, CHOWDHURY, cit. p. 12

effetti, numerosi gli elementi che lascerebbero propendere per una risposta di natura positiva⁵⁴.

E' vero, infatti, che gli ulteriori aggettivi, quali "piena", "permanente" ed "inalienabile"⁵⁵, attribuiti al principio sin dall'origine, rievocano terminologicamente una connotazione di assolutezza⁵⁶.

Vale la pena, quindi, cercare di contestualizzare la portata di simili aggettivi, alla luce dei potenziali limiti che si pongono ad un esplicitarsi incondizionato del principio e che paiono potersi riscontrare sotto un duplice profilo.

In primis, il diritto di uno Stato di disporre delle risorse naturali presenti sul proprio territorio include anche la possibilità in capo ad esso di ratificare accordi o concludere contratti che abbiano ad oggetto lo sfruttamento⁵⁷. Tale ipotesi, sembrerebbe dunque far venir meno l'ipotesi dell'inderogabilità assoluta. E', tuttavia, possibile, tracciare una linea di confine. Il *discrimen* rispetto ad un'accettabile compressione della sovranità dello Stato è dato dal libero consenso da esso prestato a vincolarsi e ad accettare, dunque, le limitazioni dei poteri sovrani che ne discendono. Il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali può dirsi salvaguardato nel caso in cui lo Stato conservi la propria autorità, continuando ad esercitare *effettivamente* un controllo sulle attività svolte all'interno del proprio territorio, e mantenga il diritto, nel rispetto delle legittime posizioni delle altre parti, di riappropriarsi di quei poteri temporaneamente ceduti.

A tal proposito, pare utile distinguere tra limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani e deroga alla sovranità *tout court*⁵⁸. Quando i termini cui lo Stato si è vincolato realizzano

⁵⁴ In tal senso ARECHAGA, cit., p. 380

⁵⁵ Su tali requisiti, vedi CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty of States over Natural Resources in International Development Law*, DE WAART (ed.) 1994, Boston, p. 309 ss.

⁵⁶ Sul punto, vedi PICONE, *Ordine economico internazionale*, in PICONE, SACERDOTI, *Diritto Internazionale dell'economia: raccolta sistematica dei principali atti normativi internazionali ed interni con testi introduttivi e note*, Milano, 1982, p. 155 ss.

⁵⁷ Si discute in dottrina se si tratti di una forma di esercizio della sovranità o piuttosto di una limitazione di essa. Analizzando il dato fattuale, può dirsi che i due aspetti coincidono: si tratta, in effetti, di un legittimo esercizio della sovranità dello Stato, che apporta di fatto, tuttavia, una *deminutio* al pieno e diretto controllo dello Stato sulle risorse interessate. Nel senso di una scelta dello Stato nel pieno esercizio della sovranità, in conformità con il contenuto normativo del principio, vedi ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, p. 52 ss.

⁵⁸ A tal proposito, si veda la ricostruzione di autorevole dottrina. Il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali sarebbe, in effetti, dotato della caratteristica dell'inderogabilità, in quanto norma strutturale dell'ordinamento internazionale che, seppur enucleando un interesse fondamentale della comunità internazionale nel suo insieme, è posto a tutela della posizione debole di alcuni Stati e mira al riequilibrio delle relazioni internazionali. Tuttavia, proprio in virtù del fatto che essa è posta *a vantaggio* di tali soggetti, questi ultimi mantengono la libertà di regolare le proprie posizioni sovrane, e finiscono "almeno nei dettagli col configurarsi a volte come liberamente rinunciabili". L'inderogabilità può dunque dirsi assoluta quando siano altri Stati ad accordarsi per limitare la portata di tale norma a danno di

una limitazione *permanente*, tale da generare la perdita della *jurisdiction* statale sulle risorse interessate, la transazione può risultare in un'alienazione di sovranità rispetto a quella porzione di territorio. La discrezionalità dello Stato rispetto agli obblighi che può contrarre in merito allo sfruttamento delle risorse naturali trova, dunque, il limite supremo nell'*inalienabilità* della sovranità.

Quest'ultima caratteristica, seppure considerata inerente al principio di sovranità degli Stati sulle risorse naturali⁵⁹, ci pare discenda, tuttavia, dal rispetto di un preciso obbligo dello Stato nell'esercizio dei propri poteri sovrani, che impone ad esso di utilizzare le risorse in vista del massimo sviluppo nazionale e del benessere⁶⁰ della popolazione⁶¹, meglio esaminati *infra*.

3. Come già anticipato, se per il principio di sovranità permanente nel suo contenuto essenziale, è stato possibile rilevarne la natura di norma consuetudinaria, lo stesso non può affermarsi *tout court* per le estrinsecazioni che possono derivare dal principio, sia sotto il profilo degli obblighi che dei diritti degli Stati nell'esercizio dello stesso⁶². Sarà quindi, necessario, condurre un esame separato dei singoli corollari.

Come detto, il *core content* del principio di sovranità permanente, risiede nel diritto di disporre liberamente delle risorse naturali nei limiti del territorio domestico. Ne discende immediatamente, che lo Stato è libero di determinare e controllare le *modalità*

uno Stato terzo, quest'ultimo preserva, però, il diritto di disporre in maniera discrezionale (seppur con i limiti visti *supra*), potendosi, in definitiva, individuare nel principio di sovranità permanente sulle risorse naturali una norma ad inderogabilità *flessibile*. Sul punto vedi PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 34 ss. L'*International Law Association* ha a tal proposito incluso nella *Dichiarazione di Seoul* del 1986 il seguente paragrafo: «*Permanent sovereignty (. . .) is inalienable. A State may, however, accept obligations with regard to the exercise of such sovereignty, by treaty or by contract, freely entered into*». Sulla Dichiarazione vedi PETERS, SCHRIJVER, DE WAART, *Responsibility of States in Respect of the Exercise of Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analysis of Some Principles of the Seoul Declaration (1986) by the International Law Association*, in *Netherlands International Law Review*, 1989, p. 285 ss. In altri termini, il principio di sovranità permanente impedisce allo Stato di alienare la propria sovranità, derogando dall'essenza stessa di quest'ultima; lo Stato può tuttavia accettare liberamente una parziale limitazione di essa in riferimento a circostanze spaziali e temporali ben determinate, sul punto *Aminoil*, in *International Legal Materials*, 1982, p. 1021, par. 90. In dottrina, estensivamente SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 2002.

⁵⁹ Cfr. ABI SAAB, *Progressive Development of the Principles and Norms of International Law Relating to the New International Economic Order*, in *UN Doc A/39/504/Add.1*, 23 Ottobre 1984.

⁶⁰ Il criterio del “*well-being*” va interpretato alla luce della piena realizzazione dei diritti umani.

⁶¹ Sia la Risoluzione 1803 dell'Assemblea Generale del 14 Dicembre 1962 all'art. 1, che l'art. 21 della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli e la Dichiarazione del Diritto allo Sviluppo (A/RES/41/128, 4 Dicembre 1986) prevedono tale obbligo.

⁶² Vedi in particolare SCHRIJVER, cit.p. 253 ss.; l'autore è stato fra i primi a porre l'accento sull'esigenza di ripensare il principio alla luce dei diritti e degli obblighi che da esso possono derivare agli Stati.

di sfruttamento ed esplorazione legate alle attività economiche svolte sulle risorse naturali.

Il diritto si trova enunciato in numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale⁶³, dalle quali emerge un'attenzione particolare alla libertà di controllo *effettivo* degli Stati sulle attività di sfruttamento ed alla massimizzazione dei benefici derivanti da tali attività⁶⁴. Simili previsioni sono contenute in disposizioni di natura pattizia ed, in particolare, nelle Convenzione del 1958 sulla Piattaforma Continentale e la Convenzione di Montego Bay del 1982 che, all'art. 56.1(a) sulla Zona Economica Esclusiva attribuisce allo Stato costiero il riconoscimento dei tradizionali diritti di pesca e le attività legate allo sfruttamento delle risorse adiacenti.

Dello stesso segno è l' identica previsione contenuta nei due Patti di New York del 1966, rispettivamente all'art. 25 ICCPR ed all'art. 47 dell'ICESCR, che attribuiscono ai popoli⁶⁵ il diritto di godere ed *utilizzare* pienamente e liberamente le risorse naturali. Inoltre, seppur inserita in un trattato relativo ad una materia ben diversa, interessante è la disposizione di cui all'art. 18.3 Trattato sulla Carta dell'energia⁶⁶, che dispone che «*Each state continues to hold in particular the rights to decide the geographical areas within its Area to be made available for exploration and development of its energy resources, the optimalization of their recovery and the rate at which they may be depleted or otherwise exploited*». Il diritto ha trovato, poi, riconoscimento nella giurisprudenza internazionale, già con la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso delle *Pescherie Norvegesi*. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che il diritto internazionale generale si era evoluto nel senso di consentire allo Stato costiero diritti *esclusivi* di pesca nella zona di dodici miglia dalla costa, in virtù di una speciale dipendenza del popolo dalle risorse nei mari adiacenti per la loro sopravvivenza ed il loro *sviluppo economico*⁶⁷. Simili conclusioni possono osservarsi in una serie di lodi arbitrali⁶⁸, indicativi di un'attenzione al ruolo dello Stato ed al controllo di quest'ultimo sulle attività di sfruttamento. Non pare, quindi, possa dubitarsi della natura consuetudinaria che tale diritto di controllo e sfruttamento condivide con il nocciolo duro della sovranità permanente.

⁶³ Vedi in particolare le già citate risoluzioni dell'Assemblea Generale n. 1803, 2158 e 626.

⁶⁴ SCHRIJVER p. 265.

⁶⁵ Sul punto vedi infra, paragrafo 5 del presente lavoro.

⁶⁶ Il trattato è stato concluso a Lisbona il 17 dicembre 1994.

⁶⁷ *Fisheries (United Kingdom v. Norway)* International Court of Justice, Judgment of 18 December 1951, par. 79.

⁶⁸ Vedi, in particolare, *Kuwait v. Aminoil*, in *International Law Materials*, 1982, p. 1019 ss.

L'intera vicenda relativa alla formulazione del principio di sovranità permanente nasceva, essenzialmente, in seguito alla necessità avvertita dai Paesi neo-indipendenti e dai popoli coloniali, di gestire e sfruttare le risorse secondo quanto da essi stessi ritenuto necessario per il lo *sviluppo nazionale*, indipendentemente da qualsiasi imposizione esterna.

L'esplicitazione del diritto di disporre delle risorse naturali per lo *sviluppo nazionale* compare, infatti, sin dall'inizio nei principali atti dell'Assemblea Generale in materia⁶⁹. Lo scopo era quello di ottenere una porzione più ampia di controllo nella produzione e distribuzione delle risorse, fino a quel momento monopolio dei Paesi Industrializzati⁷⁰. Sebbene le esigenze di sviluppo, legate allo sfruttamento delle risorse naturali, rappresentavano la ragione sottesa all'*iter* di rinnovamento avviato in seguito al processo di decolonizzazione, non vi è traccia *immediata* di tale condizione in numerose disposizioni pattizie⁷¹.

E' tuttavia emblematico che le esigenze di sviluppo nazionale del singolo Stato rilevino nell'ambito di accordi relativi agli scambi commerciali. L'art. XVIII del GATT (Assistenza statale allo sviluppo economico) prevede in proposito che gli Stati che si trovano ad un iniziale stadio di sviluppo possano intervenire per proteggere le industrie nascenti ed altre strutture produttive. Un altro chiaro indizio si rileva nell'introduzione, nel 1965, di uno nuovo capitolo del GATT 1947 dedicato a "*Trade and Development*", piena manifestazione del *development-based approach* agli scambi commerciali che ha caratterizzato, e per certi versi continua a caratterizzare, gli scambi commerciali⁷².

Sebbene la prassi arbitrale abbia inizialmente adottato un atteggiamento schizofrenico rispetto alle necessità di sviluppo nazionale⁷³, più recentemente pare che esse vengano prese in considerazione dagli arbitri nel bilanciamento di interessi fra Stati

⁶⁹ Il riferimento esplicito allo sviluppo nazionale si ritrova, infatti, sia nella risoluzione 1803, che nella Carta dei diritti e degli obblighi economici degli Stati.

⁷⁰ Vedi sul punto SCHRIJVER, cit. p. 270, il problema riguardava, essenzialmente, gli ostacoli all'accesso al mercato, in particolare a causa dei prezzi imposti a livello globale.

⁷¹ Un'espressa previsione in materia esiste, ad esempio, nella Convenzione del 1992 sul Cambiamento Climatico, che contiene un esplicito riferimento al «*sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own developmental policies*».

⁷² Sotto l'egida dell'*Integrated Programme for Commodities* - adottato con risoluzione UNCTAD Res.93 (IV), 30 Maggio 1976 – venne costituito un Fondo comune per le materie prime, destinato a favorire lo sviluppo economico dei Pvs.

⁷³ Vedi e.g. *Aramco v. Saudi Arabia*, in *International Legal Materials*, 1980, p. 896 ss. Secondo l'arbitro i diritti di concessione, in quanto diritti acquisiti della compagnia, non avrebbero potuto essere modificati senza il consenso della compagnia, pur in presenza di esigenze di sviluppo. Vedi est. Cap. III del presente lavoro.

e privati⁷⁴. Le esigenze di sviluppo nazionale, tuttavia, come si vedrà più avanti, vanno bilanciate con le esigenze dettate dalla cooperazione economica fra gli Stati. La non ingerenza negli affari economici interni, ripetutamente richiamata nelle risoluzioni già prese in esame⁷⁵, e finalizzata ad assicurare il rispetto dei divieti di coercizione diretta o indiretta sugli Stati, non può spingersi sino alla violazione degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati in materia di cooperazione economica.

Vi è poi un particolare settore nel quale ben si concretizza l'ambivalenza della sovranità permanente, principio dal quale discendono allo stesso tempo diritti ed obblighi: gli investimenti esteri. Se questi costituiscono certamente un valido strumento di sviluppo, essi possono allo stesso tempo, rappresentare un elemento di impedimento al pieno sviluppo economico, considerata l'ingente quantità (e qualità) delle risorse generalmente messe a disposizione delle imprese multinazionali e la loro influenza sull'assetto economico interno. Lo Stato avrà quindi il pieno diritto di regolare gli investimenti, sia in termini di ammissione che relativamente all'esercizio dell'autorità statale sulle attività economiche ad essi connesse⁷⁶. Da tale diritto discende, evidentemente, la conseguenza che l'investimento sarà generalmente sottoposto alla piena giurisdizione dello Stato ospite.

Tuttavia, i diritti e gli obblighi degli Stati in materia dovranno conformarsi a quanto previsto dal diritto internazionale generale e pattizio⁷⁷. In seno al dibattito svoltosi in materia di sovranità permanente degli Stati, l'aspetto più delicato era proprio legato all'esistenza o meno ai sensi del diritto internazionale di un *minimum standard of treatment* a vantaggio degli investitori stranieri e del suo esatto contenuto. In questo senso, ad esempio, le disposizioni relative al trattamento degli investimenti stranieri, contenute in alcune risoluzioni adottate in materia di sovranità permanente, non pare possano dirsi corrispondere ad un *opinio* condivisa degli Stati. Tale considerazione vale soprattutto rispetto alla Carta sui diritti ed i doveri economici degli Stati (CERDS), ed in particolare all'art. 2 della Carta, che non effettua alcun rinvio ad uno standard minimo di trattamento a livello di diritto generale⁷⁸. Data l'ampiezza della questione, sia consentito, tuttavia, rinviare ad un'analisi più puntuale effettuata oltre nel presente

⁷⁴ Cfr. *Aminoil v. Kuwait*, cit. pp. 1042 ss.

⁷⁵ Si veda in particolare A/RES/2626 e la risoluzione istitutiva del NOEI, A/RES/3202.

⁷⁶ Cfr. per tutti SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge, 2010, *passim*.

⁷⁷ Il riferimento è ai Trattati Bilaterali d'investimento.

⁷⁸ In questo senso BROWNLIE, cit. p. 263 e CHOWDHURY, cit. , p. 12 ss.

elaborato⁷⁹. Sia sufficiente specificare in tale sede che, se può affermarsi pienamente un diritto dello Stato di regolare gli investimenti stranieri presenti sul proprio territorio, questo deve comunque conformarsi a quanto previsto dalle norme internazionali in materia.

Un punto particolarmente delicato, ed immediatamente connesso, riguarda la questione della nazionalizzazione ed espropriazione degli investimenti esteri, presenti sul territorio dello Stato. In effetti, *per se*, il potere sovrano dello Stato di procedere a nazionalizzazioni o espropriazioni può ritenersi indiscusso ai sensi del diritto internazionale generale⁸⁰; una serie di perplessità sono, però, tutt'ora legate ai principi generali di natura sia procedurale che sostanziale, che dovrebbero regolare l'indennizzo⁸¹. Pare utile esaminare il testo di due diverse previsioni, la prima contenuta nella risoluzione 1803 all'art. 4 ai sensi della quale «*Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication*» e la seconda all'art. 2 (c) della CERDS: «*Each State has the right to nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.*»

Di immediata evidenza, nella seconda previsione, è l'assenza dell'elencazione dei requisiti necessari per porre in essere una misura ablativa materiale o incidente su un

⁷⁹ Vedi cap. III del presente elaborato.

⁸⁰ Vedi sul punto WESTON, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth*, in *American Journal of International Law*, 1981, p. 437 ss.

⁸¹ FRIGO, cit., *passim*.

diritto esistente su una data attività. Si ritiene, tuttavia, che i requisiti della pubblica utilità, della non discriminazione e del giusto processo godano dello *status* di diritto consuetudinario⁸².

Un'ulteriore, e controversa, divergenza fra le due disposizioni è relativa all'obbligo di *appropriate compensation*, che, seppur riconosciuto in entrambi i documenti, presenta una diversa formulazione. In particolare all'art. 2(c) alcun riferimento è effettuato al diritto internazionale. La previsione riserva, infatti, allo Stato la competenza a determinare il *quantum* e le modalità di versamento. Ancora meno pregnante, è quanto previsto dalla risoluzione 1737, che qualifica l'indennizzo come solo *eventuale*⁸³, circostanza evidentemente inammissibile allo stato dell'arte⁸⁴.

La questione dell'*appropriate compensation* non sembra ancora definitivamente risolta a livello generale. Il metodo che gli Stati tendono generalmente a prediligere è, infatti, l'inclusione nei loro accordi di investimento di precise formulazioni in materia di indennizzo.

Sebbene il concetto di sovranità permanente sia stato originariamente concepito come fonte per una serie di pretese positive vantate dagli Stati e dirette a rinnovare i vecchi equilibri imposti dal sistema "classico", l'evoluzione del principio ha portato ad interrogarsi su quali siano i doveri⁸⁵ atti a circoscriverne l'esercizio.

In primis, secondo quanto stabilito dalla risoluzione 1803, il diritto di disporre liberamente delle risorse naturali deve essere esercitato "*in the interest of their national development and for the well being of the people of the State concerned*".

Il requisito del *well-being* è intimamente connesso con la necessità che il popolo possa beneficiare delle attività di sfruttamento delle risorse naturali.

La medesima disposizione è riproposta in maniera analoga nella risoluzione 2692 dell'Assemblea Generale⁸⁶. Tuttavia, in seguito, la formulazione non compare più nei successivi atti adottati dall'AG, a dimostrazione del carattere prettamente "esterno" che il principio di sovranità permanente aveva assunto negli anni '70.

⁸² Si veda oltre, cap. III del presente lavoro.

⁸³ Ecosoc Res. 1737 (LIV), 4 Maggio 1973.

⁸⁴ Sia *Aramco* che *Texaco* stabiliscono l'obbligo per lo Stato di corrispondere un indennizzo; in particolare, nel secondo lodo, Dupuy ha chiaramente espresso parere negativo rispetto all'ipotesi che l'art. 2 CERD potesse corrispondere ad una norma consuetudinaria.

⁸⁵ Sulla caratteristica della sovranità come situazione giuridica complessa, vedi paragrafo 4 del presente capitolo.

⁸⁶ Anche la dichiarazione sul Diritto allo Sviluppo (A/RES/41/128, 4 Dicembre 1986) prevede, in effetti, tale obbligo.

Il diritto pattizio fa registrare, però, alcuni riferimenti, sebbene indiretti, a tale requisito. L'art. 1 comune ai due Patti di New York del 1966 prevede infatti al paragrafo 2 che «*In no case may a people be deprived of its means of subsistence*». Una previsione, ancora più esplicita, può osservarsi all'interno della Carta Africana sui diritti dell'Uomo e dei Popoli; all'art. 21 questa prevede che il diritto deve essere esercitato *nell'esclusivo interesse della popolazione*.

V'è da chiedersi, tuttavia, cosa si intenda per *well-being* o "benessere" della popolazione. In effetti, pare difficile riscontrare ai sensi del diritto internazionale *generale* un preciso obbligo per lo Stato di assicurarsi che ciascun membro della popolazione possa *direttamente* trarre beneficio dallo sfruttamento delle risorse naturali. Tuttavia, è possibile riconnettere a tale requisito un contenuto di natura pienamente normativa. quest'ultimo va, infatti, interpretato alla luce della piena realizzazione e del pieno rispetto dei diritti umani, da un lato, e dal rispetto del principio di autodeterminazione dei popoli dall'altro⁸⁷. Tale, infatti, ci pare essere il contenuto *minimo* dell'obbligo di perseguire il benessere della popolazione.

Quest'ultima interpretazione ci consente, inoltre, di rileggere il requisito dell'*inalienabilità* della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali.

Come detto, sebbene si tratti di una caratteristica tipica del principio, essa discende⁸⁸ proprio dal rispetto di un preciso obbligo dello Stato nell'esercizio dei propri poteri sovrani, che impone ad esso di utilizzare le risorse in vista del massimo sviluppo nazionale e del benessere della popolazione, secondo l'interpretazione più sopra fornita. L'illegittimità di un atto di disposizione *definitiva* risiede, quindi, in una limitazione che deriva allo Stato in virtù degli obblighi di cui esso è gravato nei confronti della propria comunità territoriale.

Questa ricostruzione aggiunge una dimensione *interna* al concetto di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali e recupera l'iniziale doppia connotazione del principio⁸⁹. Se la dimensione esterna si realizza nei rapporti con gli altri attori internazionali, nella sua dimensione interna, gli Stati devono esercitare tale sovranità in

⁸⁷ Sul quale vedi *infra* para 5

⁸⁸ Cfr. ABI SAAB, *Progressive Development of the Principles and Norms of International Law Relating to the New International Economic Order*, in UN Doc A/39/504/Add.1, 23 Ottobre 1984.

⁸⁹ Rilevante a tal proposito il caso *SERAC c. Nigeria*: la Commissione Africana ha rilevato una violazione da parte dello Stato nigeriano dell'art. 21 della Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, che espressamente sancisce il diritto dei popoli a disporre liberamente delle risorse naturali, per aver consentito alle compagnie petrolifere di arrecare serio pregiudizio al godimento delle risorse fonte di sostentamento della popolazione *Ogoni*. Vedi sul punto COTULA, *The Right to Food and Access to Natural Resources*, FAO, 2008, p. 14 ss.

modo tale che la popolazione possa partecipare allo sviluppo dello Stato, nei termini che si vedranno *infra*.

Intimamente connessa al requisito del benessere della popolazione, è la questione della speciale tutela prevista per i popoli indigeni⁹⁰, in considerazione della particolare relazione che questi intrattengono con le risorse naturali presenti sul territorio. Tale rapporto si rivela imprescindibile e funzionale alla perpetuazione del popolo stesso. Le terre ancestrali e le risorse naturali sulle quali esso si estrinseca sono, infatti, strumento necessario per garantire la sopravvivenza fisica del popolo e delle tradizioni legate alla loro identità e cultura.

L'esercizio della sovranità permanente sulle risorse in parola dovrà quindi svolgersi, secondo quanto previsto dalla *Convenzione OIL n. 169 sui popoli indigeni e tribali* del 1989 e dalla più recente *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2007 sotto l'egida di modelli di natura partecipatoria, più o meno rigorosi. La partecipazione può infatti estrinsecarsi in una mera consultazione – nel caso di attività economiche condotte sulle loro terre, e soggette a risarcimento nel caso di danni arrecati alle risorse – o di un consenso nel caso in cui sia necessario un allontanamento di tali popoli dalle loro terre ancestrali.

In merito alla natura ed alla portata degli obblighi di cooperazione allo sviluppo e conservazione delle risorse naturali, sia consentito rinviare ad una più puntuale disamina nelle sezioni successive del presente lavoro.

4. La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali rappresenta la dimensione economica del principio di sovranità territoriale⁹¹.

Pare utile specificare, *in primis*, cosa si intenda per essa. Il territorio può dirsi integrare il titolo giuridico di competenza statale, non in qualità di *oggetto* dello Stato, ma in quanto sfera spaziale delimitata all'interno della quale lo Stato esercita la proprie

⁹⁰ Per una puntuale ricostruzione dei diritti riconosciuti in capo ai popoli indigeni vedi *infra*, par. 6 e Sez.II del presente capitolo.

⁹¹ Sull'indivisibilità del principio di sovranità, vedi CHAUMONT, cit. p. 318; FRIGO, cit. p. 258 ss; PELLET, DAILLEUR, FORTEAU, *Droit International Public* cit., p. 456 ss.; DUPUY, KERBRAT, *Droit International Public*, Parigi, 2010. La sovranità verrebbe, nel caso di specie, ad essere qualificata in virtù delle modalità di esercizio e della natura delle competenze tramite cui essa si esplica.

competenza⁹². Prima di analizzare i presupposti teorici di tale assunto, conviene sgombrare il campo da altre teorie che si sono susseguite in materia di sovranità territoriale.

In particolare, la ricostruzione del c.d. territorio – *soggetto*⁹³ non sembra potersi accogliere. Quest'ultima vede nel territorio il “corpo” dello Stato o l'essenza del medesimo, in conformità con la concezione organicista dello Stato. Il rischio di considerare il territorio come elemento costitutivo della personalità internazionale dello Stato si riflette nel pericolo che qualsiasi mutamento territoriale possa implicare il modificarsi dell'identità statale⁹⁴.

Né, d'altro canto, sembra plausibile ricorrere alla teoria del c.d. territorio – *oggetto*, risalente ad una concezione patrimonialista dello Stato, tipica delle monarchie assolute. Lo Stato non intrattiene, infatti, con il territorio un rapporto di proprietà; la teoria del territorio-oggetto, che assimila di fatto l'esercizio della sovranità territoriale ad un diritto reale, si fonda su un rapporto di potere alterato. Il territorio veniva, infatti, originariamente considerato come la “pubblica proprietà del sovrano, esclusiva ed alienabile”⁹⁵. Ci pare di capire, che la teoria presupponga il godimento diretto sul territorio come bene *giuridico*, piuttosto che come ambito spaziale sul quale si svolgono le attività statali⁹⁶.

La definizione da noi accolta sembra invece potersi ritenere conforme alla teoria *funzionale*⁹⁷; quest'ultima in particolare ci pare risponda meglio ad una teorizzazione giuridica del territorio ai sensi del diritto internazionale, in quanto lo assimila, nel suo

⁹² Ci sembra sia oggi la teoria più accolta, vedi, fra i più: Sul punto PELLET, DAILLEUR, FORTEAU, cit. 456 ss.; MILANO, *Unlawful Territorial Situations in International Law. Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*, Leiden, 2006, p. 64 ss; SHAW, *International Law*, Cambridge, 2008, p. 487 ss; DUPUY, cit. p. 56.

⁹³ In particolare, vedi estensivamente CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1985, Parigi.

⁹⁴ Sul rifiuto del concetto di Stato quale ente ternario, vedi GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950, p. 236 ss.

⁹⁵ Vedi sul punto WESTLAKE, *Principles of International Law*, 1894.

⁹⁶ La dottrina italiana della prima metà del Novecento contava numerosi sostenitori di tale teoria, vedi, fra gli altri DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924; CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, in RdC, 1929, p. 315 ss.

⁹⁷ La teoria assume lo stesso punto di partenza della teoria della competenza, così come formulata, *in primis* da Kelsen. Tuttavia, mentre la *Kompetenztheorie* estende la sovranità territoriale a tutte le competenze statali, la teoria funzionale distingue tra sovranità territoriale e poteri sovrani. Entrambe sono fondate sul principio di effettività. Per la teoria della competenza, vedi VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926; KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tuebingen, 1920. Per la teoria funzionale, vedi per tutti, QUADRI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, vol. 113, 1963, p. 263 ss. GIULIANO, p. 236 ss.

significato normativo, alla sovranità territoriale, concentrandosi sull'esercizio dei poteri dello Stato in una determinata sfera spaziale.

Va, tuttavia, precisato che non può escludersi che il territorio sia, di fatto, un bene *materiale* sul quale si esplicano i poteri sovrani. Questa circostanza, seppur banale, determina, inevitabilmente delle conseguenze quando si debba individuare la natura delle competenze che lo Stato esercita sul proprio territorio⁹⁸.

Il carattere funzionale della competenza territoriale non può, infatti, prescindere dalla doppia natura di territorio, quale ambito spaziale nel quale lo Stato esercita la propria autorità e oggetto *materiale* della stessa. Secondo attenta dottrina⁹⁹, non sarebbe fondata una distinzione di trattamento giuridico distinto per le due componenti. Il diritto internazionale appresta, infatti, una tutela "unitaria" alla sovranità territoriale. Quest'ultima consisterebbe, in altri termini, in una situazione giuridica complessa, concetto autonomo di diritto internazionale.

Il contenuto di tale situazione comprende, quindi, anche il potere giuridico dello Stato di *disporre* del territorio. Non si tratta di un ritorno alla teoria del territorio - *oggetto*. Lo Stato non è libero di disporre in maniera discrezionale del proprio territorio, in maniera abusiva o arbitraria, come un proprietario sulla propria cosa. Le competenze "dispositive" dovranno, infatti, essere *funzionali* all'esistenza del medesimo. La sovranità territoriale¹⁰⁰ soffre, infatti, di alcuni limiti che gli derivano intrinsecamente dalla propria natura (come il divieto di non ingerenza ad esempio) e limitazioni che discendono dall'esistenza di rapporti giuridici distinti di diritto internazionale generale o particolare¹⁰¹.

⁹⁸ In questo senso vedi DUPUY, ult.op.cit., p. 89.

⁹⁹ Sul punto, SPERDUTI, *Sovranità territoriale, atti di disposizione territoriale ed effettività in diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1958, p. 405 ss. Sembra utile chiarire che l'autore qualifica la situazione giuridica di sovranità territoriale quale *diritto soggettivo di natura reale*. Di simile avviso, BARILE, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951 p. 182 ss. A nostro parere, tuttavia, non pare ammissibile che possa giungersi ad una simile conclusione, considerate, *in primis*, le difficoltà di estendere le caratteristiche di tale specifica situazione soggettiva alle situazioni regolate dal diritto internazionale. Quest'ultimo, come indicato, peraltro, dallo stesso SPERDUTI, appresta una tutela del tutto autonoma e diversa alla situazione di sovranità rispetto a quello che accade a livello interno. Tanto più che mantenere tale qualificazione non consentirebbe di distinguere agilmente tra proprietà e sovranità in senso ampio, che invece assumono particolare importanza nel distinguere le ipotesi di cessione di diritto privato da quelle di diritto internazionale ed alle quali sono, evidentemente, riconnesse conseguenze diverse. L'autore specifica, infine, che una volta ammessa la natura di situazione *giuridica* della sovranità territoriale, la sua qualificazione quale diritto reale o meno poco incide a fini applicativi.

¹⁰⁰ Secondo GIULIANO, cit. non si tratterebbe di un diritto soggettivo, ma di una *libertà di fatto*, per una critica a tale posizione e la piena affermazione della sovranità territoriale come *jus agendi*, vedi SPERDUTI, cit. pp. 411 - 412

¹⁰¹ Così SPERDUTI, cit. p. 419; BARILE, cit. p. 173 ss.

Con particolare riferimento alla questione delle risorse naturali, conviene a questo punto introdurre la distinzione fra *imperium* e *dominium*. Con il primo si intende genericamente l'estrinsecazione dell'autorità statale sul territorio e sulla comunità territoriale; con il secondo, si rinvia ad un *potere sulla cosa*. Le formulazioni finora viste rispetto al principio di sovranità permanente si riferiscono al "possesso, utilizzo, sfruttamento e disposizione" delle risorse naturali presenti sul territorio. L'espressione sembrerebbe, in effetti, richiamare un *potere* che lo Stato esercita direttamente sulle risorse. Come visto, la sovranità territoriale può, infatti, dirsi comprendere entrambi gli aspetti¹⁰². Il potere *qualificato* di disposizione sembrerebbe, quindi, potersi fare risalire alla categoria *dominium*.

Tuttavia, allo stesso tempo, è stato possibile osservare che la caratteristica tipica della sovranità permanente è l'*inalienabilità*, e questo nel rispetto della componente dell'*imperium*. Il potere di disposizione non riguarda, infatti, le risorse *per se*, quanto, piuttosto, il loro sfruttamento¹⁰³. Le attività economiche svolte su di esse sono comunque soggette al potere d'imperio dell'ente sovrano. In altri termini, l'esercizio del *dominium* è legato al territorio nella sua componente di oggetto *materiale*. La disposizione delle risorse naturali non può, però, prevedere accordi che si spingano al punto di dismettere i poteri sovrani esercitati su quella porzione di territorio interessata. Quest'ultimo oltre ad oggetto *materiale* continua, infatti, a fungere da ambito eletto di esercizio dell'autorità statale. Il potere d'imperio rimarrà, quindi, sempre esercitabile, indipendentemente dagli accordi assunti dallo Stato in materia di sfruttamento delle risorse, secondo il criterio di imperatività flessibile¹⁰⁴.

Tale ricostruzione si fonda su una più ampia concezione funzionale di sovranità, che non vede l'esercizio delle competenze territoriali consentito in via piena e incondizionata, ma piuttosto limitato da una serie di norme che incidono sui poteri

¹⁰² Così DUPUY, cit., p.89 ; ABI SAAB, *Permanent...*cit, p. 137 ss.

¹⁰³ L'iniziale assimilazione del territorio quale *oggetto* dello Stato sul quale quest'ultimo si trovava ad esercitare un diritto di proprietà, ha ingenerato una serie di confusioni rispetto alle pratiche di cessione o "prestiti" internazionali, che non consentivano di distinguere quale parte fosse esattamente concessa allo Stato beneficiario, se l'*imperium* o il *dominium*, inteso come proprietà e non sovranità. Naturalmente, la circostanza che sia il medesimo soggetto ad esercitare entrambe le componenti non rende facile districare la situazione giuridica esistente.

¹⁰⁴ Nulla esclude che, se dall'esercizio dei poteri sovrani dello Stato si determini una violazione di tali accordi, quest'ultimo potrebbe contrarre responsabilità internazionale. Pare utile specificare che non ci riferiamo qui ai casi di cessione territoriale (sulla cui problematicità vedi cap. III del presente lavoro) o di amministrazione di territori. In questi casi, è evidente che vi è una netta compressione (o una totale dismissione) dei poteri sovrani dello Stato cessionario. Sul punto, vedi cap. III e V del presente lavoro.

d'imperio dello Stato. Questi ultimi sembrano legati, in particolare, al rispetto dei diritti della comunità territoriale¹⁰⁵.

In definitiva, concepire il contenuto normativo della sovranità territoriale come un insieme di diritti ed obblighi dello Stato aiuta l'interprete a conciliare le previsioni normative appartenenti ai diversi ambiti e ad accomodare una soluzione *comprensiva*, superando un approccio analitico esclusivamente settoriale, che raramente conduce ad un risultato bilanciato. Ed è proprio in quest'ottica *funzionale* che va valutata la sovranità territoriale. Tale prospettiva presuppone un significato normativo di territorio, *inscindibile* dal pieno esplicarsi dei poteri (ed evidentemente degli obblighi) sovrani dello Stato su quella determinata sfera spaziale.

5. Dall'analisi dell'evoluzione della sovranità permanente sulle risorse naturali è stato possibile osservare come tale principio sia intimamente connesso con il principio di autodeterminazione dei popoli, costituendo quest'ultimo la origine storica del primo¹⁰⁶. In merito al rapporto fra i due principi, sono state avanzate diverse ipotesi. Secondo una prima prospettiva, l'autodeterminazione consisterebbe in una sorta di "sovranità in divenire", rappresentandone, quindi un presupposto transitorio, destinato ad esaurirsi una volta raggiunta la piena sovranità¹⁰⁷. Da altre parti si è fatto rilevare – ci pare di poter dire correttamente – che l'autodeterminazione dei popoli si risolva nella libertà di scegliere come condurre l'economia interna; la sovranità permanente, elaborerebbe le ulteriori conseguenze che discendono da tale scelta¹⁰⁸. Quest'ultima ricostruzione ci sembra conforme a quanto *supra* specificato, e cioè che l'autodeterminazione rappresenta il contenuto essenziale ed imprescindibile del principio di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali. Quale che sia l'esatta identificazione del rapporto intercorrente fra i due, è evidente che essi si trovino in una condizione logica di biunivoca connessione.

¹⁰⁵ In conformità, peraltro, a quanto indicato da SPERDUTI e BARILE in merito alle limitazioni derivanti da altre relazioni di diritto internazionale generale o particolare. Di tale avviso, fra i più, DUPUY, cit. p. 90, specialmente in merito all'erosione del dominio riservato; ABI SAAB, cit. p. 148; PELLET, FORTEAU, cit. p. 678.

¹⁰⁶ Così BROWNLIE, cit. p. 263; SCHRIJVER, cit. p. 17 e *passim*. Molti hanno inoltre sostenuto che il principio di sovranità permanente degli Stati rappresenterebbe un corollario del principio di autodeterminazione, così ZAMBRANO, cit. p. 71 ss., in quanto strumentale alla piena realizzazione del primo.

¹⁰⁷ Vedi CHAUMONT, cit., p. 392.

¹⁰⁸ Così ABI SAAB, cit.

Ed in effetti, l'autodeterminazione economica – *ex art. 1(2)* comune ai due Patti di New York del 1966, richiamata dalla Carta Africana dei diritti e dei popoli all'art. 21 e norma di diritto internazionale consuetudinario – viene storicamente ricondotta ad un diritto consolidatosi in capo agli Stati, quale sinonimo normativo di sovranità permanente sulle risorse naturali¹⁰⁹.

Come più sopra visto, l'innesto di tale principio aveva consentito sia di operare un rafforzamento dell'indipendenza economica dei Pvs, che di rompere il vincolo imposto dal dominio coloniale mediante l'affermazione della piena autodeterminazione dei popoli che originariamente vi erano sottoposti¹¹⁰.

Ed in effetti, la Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali ne è chiara indicazione. Quest'ultima sancisce il diritto di *popoli e nazioni* ad esercitare la sovranità permanente sulle risorse naturali, nell'interesse del loro sviluppo nazionale e del benessere del popolo. Estrema rilevanza ha assunto allora la distinzione fra nazioni e popoli. Secondo la lettera della norma, infatti, anche i popoli sotto dominio coloniale e le collettività indipendenti potevano disporre pienamente delle loro risorse, quale mezzo per il pieno raggiungimento dell'indipendenza rispetto alle potenze amministratrici. Ed è in questo senso che può spiegarsi l'iniziale bipartizione soggettiva che si riscontra nelle risoluzioni dell'Assemblea Generale in merito alla titolarità del diritto di disporre liberamente delle proprie risorse naturali.

Come è stato possibile rilevare, tuttavia, tale doppia connotazione venne meno in seguito al progressivo esaurirsi del processo di decolonizzazione, a favore di una concezione più rigida della sovranità permanente, volta ad affermare verso l'*esterno* la piena libertà di potere e controllo sul territorio sulle risorse naturali.

A riprova di ciò, l'art.1 comune ad entrambi i Patti di New York del 1966 fa salvo il rispetto degli accordi economici vigenti, come limite all'esercizio

¹⁰⁹ Sull'assimilazione del principio di autodeterminazione economica con la norma relativa alla sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali vedi in particolare PICONE, cit., p. 155 ss; CARTY, *From the Right To Economic Self-Determination To the Right To Development: A crisis in Legal Theory*, in *Third World Legal Studies*, 1984, pp. 75 ss; MUCHLINSKI, *The Right to Economic Self-Determination*, in ADAMS (ed.) *Essays for Clive Schmitthoff*, Abingdon, 1984, p. 73 ss; CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995, pp. 99 ss; PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, op. cit. p. 116 ss.; in senso critico vedi FARMER, *Towards a Meaningful Rebirth of Economic Self-Determination: Human Rights Realization in Resource-Rich Countries*, in *International Law and Politics*, p. 417 ss.; DURUIGBO, *Permanent Sovereignty and Peoples Ownership of Natural Resources in International Law*, in *George Washington International Law Review*, 2006, pp. 33 – 99; sulla legittimità di una possibile teorizzazione della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali come diritto dei popoli vedi CRAWFORD, *The Rights of Peoples: "Peoples" or "Governments"*, in CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, pp. 57 ss, p. 64.

¹¹⁰ Sulla dicotomia originaria del principio e l'avvicinarsi dell'elemento soggettivo vedi estensivamente SCHRIJVER, cit. p. 28.

dell'autodeterminazione economica. Tali precetti non possono che essere intesi quale riferimento alle relazioni economiche che sorgono a livello interstatale, per le quali lo Stato, in quanto soggetto di diritto internazionale, rimane l'unico intermediario di tali operazioni.

D'altro canto, allo stato dell'arte, risulta inammissibile un'identificazione del popolo quale soggetto *titolare* del diritto all'autodeterminazione economica. Non sembra sia, tuttora, possibile riconnettere in capo a tale entità collettiva diritti ed obblighi che si esplicano sul piano interstatale. Il popolo in sé e per sé considerato è, infatti, privo di soggettività internazionale.

Non può, però, ignorarsi che il principio di autodeterminazione è generalmente riconnesso ai *popoli*, indipendentemente dal loro *status* soggettivo ai sensi del diritto internazionale¹¹¹. Né, tantomeno, ci pare possibile forzare il dato normativo delle disposizioni pattizie al punto di assimilare, *tout court* ed in via preventiva, il principio di sovranità degli Stati con quello dell'autodeterminazione.

Pare utile in proposito accedere ad una distinzione che riteniamo utile al fine di esplorare le piene potenzialità applicative del principio di autodeterminazione dei popoli. In particolare, il concetto potrebbe essere articolato in una dimensione *esterna*, che si esplica sul piano dei rapporti interstatali, ed una dimensione *interna*, che si svolge, piuttosto, a livello *infrastatale*, quando il principio viene invocato dal popolo nei confronti del proprio governo¹¹².

In particolare, sotto il profilo *esterno*, in base a quanto sinora detto, ci pare di poter ribadire l'iniziale assimilazione fra autodeterminazione dei popoli e sovranità permanente, operando una identificazione soggettiva del popolo con lo Stato. Nel caso di specie, il principio di autodeterminazione potrebbe ritenersi violato nell'ipotesi di una illegittima ingerenza di uno Stato terzo di tale pregnanza da privare lo Stato della libertà di disporre delle sue risorse naturali¹¹³.

¹¹¹ Sulle difficoltà relative all'identificazione soggettiva del principio vedi ampiamente il paragrafo quinto del presente capitolo.

¹¹² Il concetto conserva, infatti, la sua natura unitaria. Vedi in questo senso PALMISANO cit., SUMMERS, *The Internal and External Aspect of Self-Determination Reconsidered*, in RICHARDSON, IMAI, MCNEIL (eds.) *Indigenous People and the Law, Comparative and Critical Perspectives*, Boston, 2006, pp. 231 – 249; PALMISANO, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milano, 1997; *idem*, *Il principio di autodeterminazione dei popoli*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, 2012, p. 83 ss. Vedi anche CASSESE, cit. secondo quest'ultimo autore, tuttavia, la dimensione interna sarebbe rinvenibile solo a livello di diritto internazionale particolare.

¹¹³ Alla medesima conclusione non può giungersi, in virtù di quanto visto in materia di inderogabilità flessibile, quando sia lo Stato stesso, tramite accordo, a comprimere tale libertà.

Sembra tuttavia, utile, chiedersi se la dimensione esterna esaurisca la portata normativa del principio.

L'autodeterminazione, nella sua dimensione *interna*, può considerarsi una conseguenza dell'autodeterminazione politica¹¹⁴, intesa come libertà di ogni popolo di governare se stesso, organizzando la propria vita economica e sociale, secondo le aspirazioni di status identitario che esso esprime. In questa prospettiva, l'art. 1(2) comune ad entrambi i Patti non può essere letto come una mera riaffermazione della sovranità permanente sulle risorse naturali: la previsione ne ha, infatti, ad oggetto le *modalità di esercizio* all'interno del territorio dello Stato; il principio può, quindi, dirsi nuovamente riconnesso al popolo in contrapposizione al proprio governo¹¹⁵. In virtù di quanto visto in materia di *well-being*¹¹⁶ della popolazione, lo Stato ha l'obbligo di sfruttare le risorse naturali che insistono sul proprio territorio, ma ciò non deve avvenire determinando detrimento al popolo; le attività di disposizione devono, anzi, essere poste in essere nell'interesse del medesimo, senza che ciò si traduca in una privazione dei mezzi necessari alla sussistenza¹¹⁷.

Da ciò ne deriva che lo Stato ha l'obbligo di astenersi dallo sfruttare le risorse presenti sul territorio nell'esclusivo interesse di un piccolo segmento della popolazione. Analogamente, nell'ipotesi in cui lo Stato non si sia assicurato che l'attività di sfruttamento venga svolta nell'interesse esclusivo del popolo, sarebbe ravvisabile una violazione dell'art. 1 comune ad entrambi i Patti. Ciò poiché il trasferimento incondizionato del controllo che esso esercita sulle proprie risorse in favore di un operatore economico, pubblico o privato, rappresenta senz'altro una compressione del principio di autodeterminazione economica.

6. Gli strumenti internazionali nei quali è previsto il diritto dei popoli a disporre liberamente delle proprie risorse naturali, non forniscono una definizione di "popolo". Analogamente, tali strumenti nulla esprimono in merito al livello di controllo locale

¹¹⁴ Sul punto vedi PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, cit., p. 116.

¹¹⁵ Sul punto vedi estensivamente CASSESE, cit. p. 103 ss., KIWANUKA, *The Meaning of People in the African Charter on Human and Peoples' Rights*, in *The American Journal of International Law*, 1988, p. 80 ss.

¹¹⁶ Vedi paragrafo 3 del presente capitolo.

¹¹⁷ Sia la Risoluzione 1803 dell'Assemblea Generale del 14 Dicembre 1962 (GA Res. 1803 (XVII)/17 UN GAOR Supp. No.17 at 15/UN Doc. A/5217, 1962) all'art. 1, che l'art. 21 della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli e la Dichiarazione del Diritto allo Sviluppo (A/RES/41/128, 4 Dicembre 1986) prevedono tale obbligo.

sulle risorse naturali di cui tale popolo sarebbe titolare nell'ambito dei propri rapporti con il governo di appartenenza. Di conseguenza, nulla è specificato con riferimento al livello di autonomia ad esso riconosciuto nell'utilizzo delle risorse stesse.

Rispetto a quanto finora detto in materia di autodeterminazione, ci pare, tuttavia, utile effettuare una ricognizione soggettiva del principio, per vagliarne le potenzialità applicative. In particolare, in seguito all'esame più generale, si prenderanno in considerazione alcune categorie di gruppi, che mantengono con le risorse naturali un legame particolarmente stretto.¹¹⁸

A scanso di equivoci, è utile sottolineare che, allo stato attuale, non si ritiene che il *popolo* possa considerarsi pieno titolare del diritto all'autodeterminazione, ma esclusivamente materiale beneficiario del medesimo¹¹⁹. Il popolo non rappresenta, dunque, il soggetto internazionale titolare del diritto, esso ne è piuttosto, rappresenta l'entità oggetto di tutela¹²⁰.

Ciò discende da una serie di ragioni legate a considerazioni di natura più ampia, relative alla struttura della comunità internazionale, che, seppur abbia visto un'evoluzione nel senso di una più ampia partecipazione di soggetti non dotati di personalità internazionale, continua a mantenere un sistema fondato sulle relazioni interstatali.

Un secondo ordine di ragioni si riferisce alla difficoltà di considerare il popolo quale ente unitario in grado di rapportarsi all'esterno sul piano delle relazioni internazionali. Ontologicamente, questo non raggiunge, infatti, il grado di coesione necessario perché possa costituirsi in ente idoneo a manifestarsi appieno all'esterno¹²¹. Questo è tanto più

¹¹⁸ Sul punto ci pare utile accogliere quanto segnalato da attenta dottrina. Nel riferirci ad un "diritto all'autodeterminazione" non intendiamo descrivere una situazione giuridica di piena titolarità, quanto una "libertà giuridicamente tutelata" che il popolo legittimamente si trova ad esercitare. Sul punto vedi PALMISANO, *Autodeterminazione dei Popoli*, cit. p. 114.

¹¹⁹ Pare utile specificare che, a parere nostro, la personalità internazionale del popolo non incide, né modifica l'efficacia normativa del principio. Sul punto vale la pena evidenziare brevemente un aspetto rilevante ai nostri fini. Il fatto che l'autodeterminazione si espliciti all'interno dei confini dello Stato non altera il valore giuridico dell'obbligo di tutela esistente in capo agli Stati. E' possibile infatti ipotizzare una categoria di obblighi *erga omnes* il cui scopo è quello di regolare l'esercizio della sovranità degli Stati nel loro ambito territoriale. Gli obblighi discendenti dal principio sono, infatti, posti a carico dello Stato nazionale o di Stati terzi, e solo da essi esigibili. La natura del principio di autodeterminazione quale obbligo *erga omnes*, nei confronti, quindi, dell'intera comunità internazionale vede solo in quest'ultima la diretta e formale titolare della pretesa vindicatoria. Sul punto vedi PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, Napoli, 2013, p. 629 ss. D'altronde il principio di autodeterminazione è unitario: le dimensioni esterna ed interna non ne rappresentano che le possibili esplicazioni.

¹²⁰ Sul punto vedi anche chi ritiene che gli Stati agiscano come dei *trustees* rispetto al popolo che intende esercitare la propria libertà, cfr. DURUIGBO, cit., p. 46.

¹²¹ E' il caso, ad esempio, dei movimenti di liberazione nazionale.

vero nel caso dell'autodeterminazione economica apprezzata nella sua dimensione esterna, come abbiamo già visto, che necessariamente si incardina in capo allo Stato.

Il popolo non può, quindi, considerarsi soggetto internazionale titolare del diritto di autodeterminazione. Tuttavia, il principio, così come finora esaminato, è diretto al popolo e solo ad esso si riconnette.

Anche qualora il principio si espliciti nella sua dimensione interna, realizzandosi quindi nell'ambito territoriale dello Stato di specie, la natura internazionale degli obblighi a carico dello Stato e degli Stati terzi rimane immutata; è importante sottolineare che il principio di autodeterminazione *internazionalizza* i rapporti intercorrenti fra lo Stato ed il suo popolo, rendendo la violazione della norma causa di responsabilità (internazionale) ed attivando, eventualmente, la reazione di Stati terzi ¹²².

Sulla scorta di queste premesse, è necessario interrogarsi su quali siano i requisiti ¹²³, e se ve ne esistano di esaustivi, utili ad identificare un "popolo" ¹²⁴.

Per popolo può, certamente intendersi l'intera comunità territoriale di uno Stato. Si verifica spesso, tuttavia, che all'interno della comunità territoriale di riferimento coesistano diversi gruppi. L'identificazione, in assenza di una elencazione tassativa, dovrà svolgersi sul piano del fatto, in maniera da consentire all'interprete di distinguere una mera categoria di persone da un gruppo *qualificato e distinto* ¹²⁵, cui sia possibile ricollegare diritti che si riferiscono a bene giuridici irriducibilmente collettivi ¹²⁶.

¹²² Sul punto vedi CRAWFORD, op. cit. , p. 165.

¹²³ Tale considerazione è tanto più rilevante nel caso di specie. Si richiama, infatti, quanto già accennato rispetto all'elemento soggettivo della sovranità permanente sulle risorse naturali, la cui redazione ha mantenuto una certa ambiguità fra Stato e popolo, certamente a causa della transizione di numerose entità collettive da popolo a soggetto pieno di diritto internazionale nel periodo della decolonizzazione. Tuttavia, conformemente alla natura universale e continuativa del principio di autodeterminazione, il fatto che tali popoli si siano autodeterminati esternamente divenendo Stati non fa venir meno il diritto del popolo, che nel territorio risiede, di esercitare l'autodeterminazione interna.

¹²⁴ Sul punto vedi CRAWFORD, op. cit. 169. Si pensi ad esempio all'art. 1 comune ai Patti di New York del 1966; un'interpretazione restrittiva che volesse limitare il principio solo ad alcuni popoli, siano quelli sottoposti al dominio coloniale, piuttosto che ad amministrazione fiduciaria, tradirebbe la lettera della norma. La circostanza che non sia rinvenibile definizione alcuna a livello di diritto internazionale generale o di norme convenzionali, non costituisce necessariamente un ostacolo. Questa flessibilità consente di adattare il principio alle diverse situazioni di fatto che si presentano ed alle articolazioni collettive esistenti all'interno dello Stato territoriale. La definizione sarà quindi condizionata al contesto.

¹²⁵ Si tratta di un'analisi prettamente pregiudiziale. Sul punto vedi estensivamente JOVANOVIĆ, *Are There Universal Collective Rights?* in *Human Rights Review*, 2010 p. 17 ss.

¹²⁶ Sul punto è importante specificare che le entità collettive, quali potenziali destinatari beneficiari di diritto, possono dirsi esistenti sulla base di criteri di natura oggettiva. A nostro avviso, non si tratta di un'esistenza *de jure* attribuitagli *ex lege*, quanto piuttosto, di un'esistenza *de facto*, basata sull'appartenenza di natura sociologica degli individui al gruppo di riferimento. Vi è tuttavia un acceso dibattito in dottrina rispetto alla precisa classificazione dei diritti collettivi: quelli riconosciuti unanimemente come tali sono infatti pochi. Il problema generalmente risiede nella difficoltà di elaborare da un punto di vista logico-teorico una categoria di diritti *umani* collettivi. I diritti umani sono infatti concepiti e plasmati sul singolo essere umano, e sul godimento individuale dei medesimi. Sul punto vedi

Nella prassi possono individuarsi certe indicazioni di massima, relative, ad esempio, alla localizzazione della collettività su un territorio delimitato, l'identità della lingua, della religione, alla comunanza di storia tradizione e cultura¹²⁷.

Considerato che i requisiti sopra visti si riducono in semplici presunzioni, l'aspetto più interessante è legato alla coscienza collettiva del gruppo, elemento soggettivo, che consente di distinguerlo da altre entità collettive e garantisce la sua preservazione¹²⁸. Conformemente, può intendersi il riferimento di attenta dottrina alla volontà specifica di autodeterminarsi¹²⁹, riflesso dell'aspirazione del popolo ad un determinato *status*.

Alla luce di quanto detto, può affermarsi che il concetto di *diritto dei popoli*, fra i quali annoverare il principio di autodeterminazione, è tutt'al più riducibile ad una categoria e non una definizione: le circostanze fattuali possono quindi dar conto di una diversa qualificazione soggettiva del beneficiario¹³⁰.

Pare utile svolgere tale analisi rispetto a due categorie di *gruppi* particolari, per vagliare una possibile estensione ad essi del diritto ad autodeterminarsi.

V'è da chiedersi, *in primis*, se i popoli indigeni, in virtù del particolare grado di coesione che hanno raggiunto, possano ritenersi beneficiari del principio¹³¹.

CRAWFORD, op. cit., che ipotizza sette diversi diritti dei popoli, parte dei quali possono dirsi essere pienamente affermati normativamente nell'ordinamento internazionale. L'esempio più evidente può rinvenirsi nel diritto delle popolazioni indigene alle loro terre, norma che può dirsi avere raggiunto un certo grado di elaborazione ed universalità, tipico del sistema dei diritti umani, sul punto *infra*. Sul dibattito in materia di diritti collettivi vedi. DINSTEIN, *Collective Human Rights of Peoples and Minorities in International and Comparative Law Quarterly*, 1976, pp. 1; CRAWFORD, *The Rights of Peoples: "Peoples" or "Governments"*, in CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, p. 57.; BROWNLIE, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, in CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, p. 2 ss; JONES, *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights in Human Rights Quarterly*, 1990 p. 80 ss; FREEMAN, *Are There Collective Human Rights*, in *Political Studies*, 1995, p. 25 ss.; GILBERT G., *Individuals, Collectives and Rights*, in GHANEA, XANTHAKI (eds.) *Minorities, Peoples And Self-determination: Essays In Honour Of Patrick Thornberry*, Leiden, 2005; JOVANOVIĆ, *Are There Universal Collective Rights?* in *Human Rights Review*, 2010 p. 17 ss. Specificatamente sui diritti umani "collettivi", vedi DÉJEAN, PONS, PALLEMAERTS, FIORAVANTI, *Human rights and the environment : compendium of instruments and other international texts on individual and collective rights relating to the environment in the international and European framework*, Council of Europe Pub, Strasbourg, 2002; TORBISCO CASALS, *Group rights as human rights: a liberal approach to multiculturalism*, Dordrecht, 2006; NEWMAN, *Collective rights Community and collective rights : a theoretical framework for rights held by groups*, Oxford, 2011; WESTRA, *Human right : the commons and the collective*, Vancouver, 2011.

¹²⁷Cfr. in materia HANNUM, *Rethinking Self-Determination in The Post-Colonial Era*, in *Virginia Journal of International Law*, 1993, p. 33 ss.

¹²⁸CRAWFORD, ult. op. cit. p. 172.

¹²⁹Così PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, p. 119 ss.

¹³⁰Vedi ad esempio KIWANUKA, cit., che distingue quattro diversi possibili significati da attribuire al termine "peoples" nell'ambito della Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e Dei Popoli.

¹³¹Sulla questione dell'autodeterminazione dei popoli indigeni la letteratura è particolarmente estesa, fra gli altri vedi: DAES, *Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, in *Transational Law and Contemporary Problems*, 1993, p. 31 ss; ANAYA, *International Law and Indigenous Peoples*, Trowbridge, 2003; BARSH, *Indigenous Peoples in the 1990s: From the Object to*

Vale la pena specificare brevemente cosa si intende quando ci si riferisce a tali gruppi. In primo luogo, è possibile escludere allo stato attuale che il concetto di popoli indigeni coincida con quello di minoranze¹³², o, che comunque lo *status* giuridico di cui essi sono dotati si esaurisca in quest'ultima categoria¹³³.

I popoli indigeni presentano, infatti, delle specificità peculiari, legate, in particolare alla terra ed alle risorse naturali, che rappresentano uno strumento necessario al godimento dei loro diritti ed alla loro sopravvivenza, elemento non sempre riscontrabile nelle minoranze¹³⁴.

La semplice assimilazione presenterebbe, inoltre, una serie di svantaggi, legati principalmente all'impossibilità di riconnettere in capo alle minoranze diritti di natura collettiva. La categoria delle minoranze¹³⁵, in quanto tali, non presenta, infatti, quella spinta rinnovatrice, tipica invece della dinamicità dei diritti riconnessi in capo al concetto di popolo.

L'autonomia del concetto di popoli indigeni rispetto a quello di minoranze dovrebbe, tuttavia, riflettersi in una definizione precisa del gruppo. Il dibattito sul punto non pare, però, essersi ancora esaurito¹³⁶. La tendenza, sinora, è stata quella di rifarsi al criterio dell'autoidentificazione, sposato anche dalla Convenzione ILO n. 169 del 1989¹³⁷ e

Subject of International Law?, in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 33 ss.; CIRKOVIC, *Self-Determination and Indigenous Peoples in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 127 ss.; PALMISANO, *Autodeterminazione*, cit. p. 101; FITZMAURICE, *The Question of Indigenous Peoples' Rights: A Time for Reappraisal?*, in FRENCH (ed.) *Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Boston, 2013; XANTHAKI, cit. *passim*.

¹³² Sul punto, vedi FODELLA, *International Law and the Diversity of Indigenous Peoples*, in *Vermont Law Review*, p. 30 ss.

¹³³ I popoli indigeni godono, infatti, di tutti i diritti destinati alle minoranze; esiste una certa sovrapposizione, sul punto THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Oxford, 2002, p. 33 ss.; vedi anche PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in PALMISANO, PUSTORINO (eds.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Roma, 2008, p. 19 ss.

¹³⁴ In questo senso vedi DAES, cit. p. 35 ss.

¹³⁵ In questo senso WIESSNER, LENZERINI (eds.), *Rights of Indigenous Peoples*, International Law Association, 2010, p. 4 ss.

¹³⁶ La necessità di fornire un'identificazione precisa del termine è stata aspramente criticata dai rappresentanti dei popoli indigeni. Il rischio, secondo questi ultimi, è che una definizione comune non sarebbe in grado di ricoprire tutte le realtà distintive di ciascuna comunità, minando la piena inclusività della definizione.

¹³⁷ Convenzione ILO n. 169, adottata a Ginevra nel giugno del 1989 ed entrata in vigore il 5 settembre 1991. Per un commento, fra i più: WOLFRUM, *The Protection of Indigenous Peoples in International Law*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, p. 369 ss.; ANAYA *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decision about Natural Resources Extraction: the More Fundamental Issues of what Indigenous Peoples Have in Land and Resources*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005, p. 7 ss.

dalla Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 Settembre del 2007¹³⁸.

Da più parti¹³⁹ si è, tuttavia, fatta presente la necessità di fornire una definizione, per scongiurare il rischio di un'applicazione discrezionale da parte degli Stati delle norme di cui tali popoli sono beneficiari. A fini meramente sussidiari, e non tassativi, una serie di ulteriori criteri sono stati elaborati sia in seno alle Nazioni Unite¹⁴⁰ che dalla giurisprudenza internazionale¹⁴¹. In particolare, 1) la continuità storica, 2) lo speciale legame con la terra, 3) la distintività culturale, 4) l'autoidentificazione, 5) la marginalizzazione rispetto ai gruppi dominanti della comunità territoriale e 6) la priorità temporale rappresenterebbero i criteri tipici ai fini dell'identificazione del gruppo di riferimento.

Ai fini dell'esercizio del diritto di autodeterminazione, tuttavia, valgono le considerazioni sinora svolte. In particolare, riteniamo che i popoli indigeni – sebbene non coincidenti con la comunità territoriale considerata nella sua interezza – possano ritenersi sufficientemente autonomi, da possedere un autonomo *legal standing* e il tipico elemento della volontà ad autodeterminarsi¹⁴².

Va specificato, tuttavia, che la dimensione applicativa del principio rispetto ai popoli indigeni, in virtù di quanto sinora argomentato, pare essere limitata al solo versante interno. La stessa Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni del 2007, lascerebbe d'altronde propendere solo in questo senso. L'art. 4 prevede, infatti, che «*Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions*». Sembra chiaro, tuttavia, che il consenso degli Stati intorno all'affermazione del principio di autodeterminazione dei popoli indigeni sia stato coadiuvato solo grazie alla specificazione di cui all'art. 46¹⁴³.

¹³⁸ Sulla Dichiarazione WIESSNER, *Indigenous Sovereignty: a Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, p. 1146 ss.; ZAMBRANO, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni*, in *La Comunità internazionale*, 2009, p. 55 ss.; PISILLO MAZZESCHI, estensivamente, cit.

¹³⁹ WIESSNER, LENZERINI, cit., p. 7

¹⁴⁰ Vedi in particolare Commission on Human Rights, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, Final Report submitted by the Special Rapporteur Mr. José R. Martínez Cobo, UN Doc /CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, UN Sales No. E.86.XIV.3 (1986).

¹⁴¹ Vedi e.g. *Inter-American Court of Human Rights, Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, Series C No. 79.

¹⁴² Interessante ricostruzione di PISILLO, cit. su di un *tertium genus*, distinto da *ethnos* e *demoi*.

¹⁴³ Art. 46 Dichiarazione sui popoli indigeni: «*Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or construed as authorizing or encouraging any action which would*

La previsione in parola insiste sul versante interno dell'autodeterminazione, escludendo qualsiasi spinta "indipendentistica" che possa minare l'integrità territoriale degli Stati nei quali si trovino i popoli indigeni.

La portata del principio assume, tuttavia, una serie di connotati ben precisi, legati in particolare agli aspetti procedurali che possano garantire ai popoli indigeni il giusto grado di autogoverno¹⁴⁴.

Le istanze giurisdizionali e quasi giurisdizionali hanno evitato tuttavia di pronunciarsi sul punto, preferendo ricorrere ad altri diritti umani, per garantire tutela ai popoli indigeni¹⁴⁵.

Il punto focale della protezione accordata ai popoli indigeni rispetto alle risorse naturali è stato, infatti, primariamente ricondotto alla tutela della proprietà sulle terre, acque e risorse storicamente da essi possedute ed utilizzate¹⁴⁶. In particolare, sia la già citata Convenzione n. 169 che la Dichiarazione del 2007 chiariscono lo strettissimo rapporto fra popoli indigeni e terra, facendone derivare una serie di diritti procedurali e sostanziali, posti a tutela di tale rapporto e della garanzia di sopravvivenza che esso rappresenta. Sebbene la Convenzione n. 169 sia stata ratificata da soli ventidue Stati¹⁴⁷, alcune delle previsioni in essa inserite sono state utili alle Corti internazionali per elaborare la tutela approntata a tali gruppi. In particolare, la proprietà (o possesso a qualsiasi altro titolo)¹⁴⁸ delle terre ha ricevuto ampio riconoscimento. Inoltre, ampia rilevanza è da attribuire ai diritti procedurali di partecipazione riconosciuti in capo ai popoli indigeni. L'insieme di questi elementi lascerebbe, dunque, nell'insieme propendere per un diritto di tali popoli ad autogovernarsi rispetto alle loro aspirazioni di natura economica.

dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States».

¹⁴⁴ In questo senso, il diritto all'autodeterminazione interna servirebbe da solo presupposto funzionale al godimento di altri diritti. Sulla limitatezza di tale ipotesi, vedi DAES, cit., p.38 ss.

¹⁴⁵ Emblematico in tal senso, Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, Para. 32.2

¹⁴⁶ E.g. *Inter-American Court of Human Rights, Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 24 August 2010, Series C No. 214.

¹⁴⁷ Fino al 2 Ottobre 2014.

¹⁴⁸ Cfr. *Sawhoyamaya Indigenous Community v Paraguay*, *Inter-American Court on Human Rights*, Judgment, 29 March 2006, sul diritto delle popolazioni indigene alla *restitutio in integrum*: «*the members of indigenous peoples have unwillingly lost possession of their lands after a lawful transfer to innocent third parties, they are entitled to the restitution thereof or to obtain other lands of equal extension and quality.*»; sulla registrazione dei diritti consuetudinari sulla terra cfr. *Mayagna (Sumo) Awast Tz'utuj Community v Nicaragua*, *Inter-American Court of Human Rights*, Judgment, 31 August 2001: «*[a]s a result of customary practices, possession of the land should suffice for indigenous communities lacking real title to property of the land to obtain official recognition of that property, and for consequent registration.*».

In questo senso sembra utile analizzare le norme poste a tutela di tale ultimo gruppo, per valutarne una possibile estensione ad altre entità collettive, che non possono essere, tuttavia, qualificate come comunità indigene.

In merito ai diritti sulle terre, in particolare, è interessante chiarire che le Corti regionali e gli organi *quasi-judicial* hanno provveduto a rafforzarne la portata, proteggendo le popolazioni dall'usurpazione delle loro terre, tramite strumenti sviluppatasi al di fuori degli ambiti di protezione giuridica specificatamente dedicata alle popolazioni indigene, quale il diritto di proprietà, sia individuale che collettiva.

Pare quindi più che plausibile estendere la protezione della proprietà collettiva a gruppi che non possono essere qualificati come popolazioni indigene, ma che, di fatto, intrattengono con la terra rapporti altrettanto intensi¹⁴⁹, così come ha già avuto modo di specificare la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo in *Saramaka People v. Suriname*¹⁵⁰.

Relativamente al diritto di tutti i popoli di disporre liberamente delle risorse naturali, esso è stato interpretato dal Comitato per i Diritti Umani nel caso *Apirahna*¹⁵¹ come un divieto di privare qualsiasi popolo degli usi tradizionali, che esso fa della terra e delle risorse dalle quali dipende: secondo il Comitato «*Maori People were given access to a great percentage of the quota, and thus effective possession of fisheries was returned to them,*” and that the new control structure put in place ensures not only a role for the

¹⁴⁹ Vedi in tal senso il caso *Inter-American Court of Human Rights, Moiwana Community v. Suriname, Preliminary Objections, Merits, Reparation sand Costs*, Judgement 15 June 2005. La Corte estende la protezione riconosciuta alle popolazioni indigene «*to all groups who entertain a similar “profound and all encompassing relationship to their ancestral lands” centered on “the community as a whole” rather than on the individual, such as the Maroon communities living in Suriname, which are not indigenous to the region, but are tribal communities of former slaves that settled in Suriname in the 17th and 18th centuries*»); vedi anche *Inter-American Court of Human Rights, Saramaka People v. Suriname*, Judgment 28 November 2007: «*the Court’s jurisprudence regarding indigenous peoples’ right to property is also applicable to tribal peoples because both share distinct social, cultural, and economic characteristics, including a special relationship with their ancestral territories, that require special measures under international human rights law in order to guarantee their physical and cultural survival*».

¹⁵⁰ Sull'estensione della protezione giuridica a titoli sulla terra, diversi dal diritto di proprietà, vedi *European Court of Human Rights, Matos & Silva LDA and Others v Portugal*, Judgement 16 September 1996, in cui la Corte EDU afferma che la nozione di “possesso” ai sensi del Protocollo 11 della CEDU, possiede un significato autonomo, e si applica all' esercizio di tutti i diritti vantati sulla terra, indipendentemente dall'esistenza di un titolo di proprietà. Ugualmente in *Holy Monasteries v Greece, Holy Monasteries v Greece, European Court of Human Rights*, Judgment 9 Dicembre 1994, la Corte sostiene che nella nozione di “possesso” siano inclusi i diritti sulla terra acquisiti tramite usucapione. In ambito regionale africano, nel caso *Attorney General v Akonaay, Lohar and Another*, 1997, la Corte d'Appello della Tanzania ha affermato che, sebbene i diritti consuetudinari sulla terra non equivalgono pienamente al titolo formale di proprietà, essi rappresentano tuttavia un titolo “reale” di proprietà, protetto dalla Costituzione della Tanzania e a cui va estesa la medesima tutela giuridica riconosciuta in caso di espropriazione.

¹⁵¹ *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Human Rights Committee, Comunicazione n.547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993.

Maori in safeguarding their interests in fisheries but, in addition, their “effective control».

Secondo quanto visto più sopra, tale diritto imporrebbe, poi, allo Stato di regolare le attività economiche dei privati, assicurandosi che non privino le comunità locali dei benefici che ad esse derivano dalla sfruttamento delle risorse naturali sulle quali risiedono. Proprio a tal fine, lo Stato dovrebbe garantire la partecipazione delle comunità localmente stanziare nella determinazione dei progetti di investimento¹⁵².

Pare utile specificare che sebbene il principio di autodeterminazione non si risolva nel requisito democratico, né, come abbiamo visto, in un diritto umano, esiste a nostro parere una componente procedurale, tramite la cui articolazione tale diritto può dirsi implementato. Secondo il Comitato CESC in particolare, per la salvaguardia dell'autodeterminazione economica non sarebbe sufficiente la mera esistenza di istituzioni pubbliche imparziali, gli Stati sarebbero portatori di un obbligo continuo di trasparenza rispetto agli atti di disposizione delle risorse naturali¹⁵³. Nello specifico, la partecipazione delle popolazioni coinvolte non si risolverebbe nel mero diritto di voto, ma riguarderebbe il coinvolgimento attivo ed informato delle stesse¹⁵⁴. Nel caso di specie, la violazione dei principi di trasparenza e partecipazione, quali aspetti procedurali dell'art. 1(2) del Patto CESC sono stati valutati quale violazione

¹⁵² Tale approccio ha seguito la Commissione Africana per i Diritti dell'Uomo e Dei Popoli nel ritenere che la violazione dell'obbligo di consultazione e di ricerca del consenso dei popoli indigeni poteva ritenersi una violazione dell'art. 21 della Carta Africana, che disciplina il diritto dei popoli a disporre delle proprie risorse naturali, vedi *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, Comunicazione n. 276/2003, Commissione Africana per i Diritti dell'Uomo e dei Popoli. Pare corretto segnalare che al contrario dell'obbligo di consultazione – che secondo autorevole dottrina avrebbe natura di principio generale – il principio del *free, prior and informed consent* sembra aver raggiunto una piena elaborazione normativa rispetto alle popolazioni indigene nei casi ben specifici di deposito di materie pericolose e di trasferimento di popolazioni dai territori ancestrali; esso è al centro, infatti, della cornice normativa introdotta tramite la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Popoli Indigeni del 2007. Il principio è, tuttavia, limitato soggettivamente: non sembra infatti che esso possa riconoscersi in capo alle comunità locali coinvolte dai progetti di sfruttamento delle risorse naturali, a meno di non volerlo ritenere implicito, e quindi immediatamente derivante dal diritto di disporre delle risorse naturali, come pure parrebbe fare il Comitato CESC nelle Comunicazioni sopra richiamate. Pur trattandosi di interpretazioni positive, riteniamo che allo stato dell'arte si tratti di una prospettiva da accogliere in senso puramente evolutivo. Va inoltre specificato che, pur rappresentando un'evoluzione significativa rispetto al mero diritto di partecipazione – richiedendo che le popolazioni esprimano un consenso rispetto alle attività di sfruttamento delle risorse naturali – si tratta comunque di un rimedio *ex post*, rispetto agli atti di disposizione delle risorse già posti in essere dallo Stato. Vedi sul punto GILBERT J., *The Right to Freely Dispose of Natural Resources*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013, p. 314 ss.; PITEA, *Diritto Internazionale e Democrazia Ambientale*, Napoli, 2013, p. 110 ss.; SAUL, KINLEY, MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Commentary, Cases and Material*, Oxford, 2014, pp. 67 ss.

¹⁵³ Vedi sul punto CESC, *Concluding Observations: Azerbaijan* E/C.12/1/Add.20, 22 Dicembre 1997.

¹⁵⁴ Così CESC *Concluding Observations, Democratic Republic of Congo*, E/C.12/COD/CO/4, 16 Dicembre 2009.

sostanziale del diritto di autodeterminazione economica. Si fa rilevare, che il Comitato ha così ritenuto implicitamente di ampliare il diritto di disporre delle proprie risorse naturali a collettività, quali segmenti del *general public*, cui non è generalmente collegato il diritto ad autodeterminarsi.

E' possibile, tuttavia, che le comunità locali coinvolte non raggiungano il grado di coesione necessario a qualificarle quale gruppo *distinto*, secondo quanto più sopra specificato rispetto ai popoli indigeni. Se sembra legittimo riconnettere ad esse un diritto di proprietà collettivo – norma che non ci pare richieda che l'entità collettiva abbia un autonomo e preventivo *legal standing* –, v'è da chiedersi se, invece, il principio di autodeterminazione possa essere esteso anche ad esse. A nostro parere a tale quesito deve darsi risposta positiva.

Ci sembra, infatti, legittimo ritenere che le comunità coinvolte possano fare valere la violazione del principio di autodeterminazione, non già esclusivamente in riferimento alla loro situazione giuridica *soggettiva* in quanto gruppo, quanto al complessivo rispetto dello Stato delle esigenze di sviluppo dell'intera popolazione, ed in particolare in relazione ad altri diritti che possono ritenersi contestualmente lesi, quale, fra gli altri, il diritto ad un'alimentazione adeguata.

Sezione Seconda

7. Secondo il rapporto FAO sull'insicurezza alimentare del 2012¹⁵⁵, circa 870 milioni di persone fra il 2010 ed il 2012 hanno sofferto di malnutrizione cronica. La cifra corrisponde al 12.5 % della popolazione mondiale, per una proporzione di un individuo su otto. Ma, come icasticamente evidenziato dalla migliore dottrina, la fame non è un disastro naturale¹⁵⁶. Esistono, infatti, le risorse per garantire all'intera popolazione

¹⁵⁵ FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, 2012, disponibile su <http://www.fao.org/publications/sofi/en/>.

¹⁵⁶ DE SCHUTTER, CORDES. (eds.), *Accounting for hunger : the right to food in the era of globalization*, *Studies in International Law*, Oxford, 2011. Sul punto vedi anche DI STEFANO A. *La crisi alimentare mondiale e il diritto al cibo nelle conclusioni della FAO High-Level Conference on World Food Security*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, p. 657 ss.; CASABONA, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, EMALDI CIRIÓN, *Global Food Security : Ethical and Legal Challenges*, Paper presentato ad EurSafe 2010, Bilbao, Spagna, 16-18 Settembre, 2010; HOSPES, HADIPRAYITNO (eds), *Governing Food Security: Law, Politics and the Right to Food*, Wageningen, 2010; GRADONI, *Organizzazioni internazionali in competizione tra loro: il caso del diritto individuale all'alimentazione e la spettacolarizzazione della*

mondiale un'alimentazione adeguata. L'insicurezza alimentare deriva, quindi, non da incoercibili fattori esterni, quanto da un insieme di scelte economiche, sociali e politiche che hanno contribuito al determinarsi di tale situazione¹⁵⁷.

I rimedi finora messi in campo per rispondere alla crisi alimentare si sono rivelati fallimentari nel lungo periodo.

La tendenza a fornire aiuti internazionali agli Stati maggiormente colpiti dalla malnutrizione, per rispondere alle esigenze umanitarie nel breve periodo, ha generato in essi una forte dipendenza, senza risolvere, di fatto, la crisi alimentare in cui essi tuttora versano.

Non è, infatti, l'aumento del volume aggregato di produzione alimentare che potrà rispondere alle future esigenze dettate dalla crescita della popolazione globale. Paradossalmente, negli anni recenti, all'innalzamento della produzione agricola è corrisposto un aumento percentuale dell'insicurezza alimentare. La soluzione non risiede, dunque, in un aumento della fornitura di cibo, quanto nello sradicamento delle condizioni che pongono ca. 900 milioni di individui in una grave situazione di malnutrizione.

8. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 stabilisce all'art. 25 che ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia *con particolare riguardo all'alimentazione* (...). Altri strumenti di diritto pattizio sulla tutela dei diritti umani riconoscono espressamente il diritto al cibo¹⁵⁸, in particolare l'art. 11 del Patto sui Diritti Economici, Sociali e

lotta alla fame, Il futuro delle Organizzazioni Internazionali, Prospettive giuridiche, XIX Convegno Annuale SIDI, Courmayeur 26 – 28 Giugno 2014.

¹⁵⁷ Vedi, in particolare, le considerazioni infra effettuate in merito all'adozione dell'Accordo sull'Agricoltura e le negoziazioni di Doha, capitolo III sez. I del presente lavoro.

¹⁵⁸ La Convenzione sui diritti del Fanciullo del 1989, sancisce all' art. 27(1) che «*States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development*; all'art. 24 (2)c «*States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures to combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water, taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution*»; la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne tutela il diritto ad un'alimentazione adeguata, con particolare attenzione al periodo dell'allattamento , art. 12 (2); inoltre impone agli Stati «*to take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular [...], to enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications*» (Art. 14(2)(h)). Sono circa cento gli strumenti nei quali é

Culturali sancisce al paragrafo (1) il diritto di ogni individuo ad un adeguato standard di vita per se e per la propria famiglia, compresa un'alimentazione adeguata, riconoscendo, ulteriormente, al paragrafo (2) il diritto di ognuno di vivere libero dalla fame. Tale definizione è stata ulteriormente sviluppata dallo Special Rapporteur sul diritto al cibo, secondo il quale esso si sostanzia «... *in the right to have regular, permanent and unrestricted access, either directly or by means of financial purchases, to quantitatively and qualitatively adequate and sufficient food corresponding to the cultural traditions of the people to which the consumer belongs, and which ensure a physical and mental, individual and collective, fulfilling and dignified life free of fear*».

Il contenuto normativo di tali previsioni é stato interpretato dal Comitato dei diritti economici, sociali e culturali nel *General Comment* n. 12¹⁵⁹: tale diritto risulta pienamente realizzato quando viene garantito il pieno accesso (“fisico ed economico”) ad un'adeguata quantità di cibo, ed in maniera durevole.

Il paragrafo 8 del *General Comment*, in particolare, chiarisce la distinzione fra il diritto ad essere libero dalla fame ed il diritto ad un'alimentazione adeguata. Mentre il primo garantisce un apporto nutritivo giornaliero minimo, che assicuri la sopravvivenza, il secondo introduce uno standard di adeguatezza (il terzo pilastro del diritto al cibo, con accessibilità e disponibilità), per cui il cibo deve essere «*in a quantity and quality*

presente un richiamo esplicito al diritto al cibo, KEARNS, *The Right to Food Exists Via Customary International Law*, in *Transnational Law Review*, 1998, p. 223 ss.

¹⁵⁹ La letteratura sul diritto al cibo é molto vasta, fra i più rilevanti: EIDE (ed.) *Food as a human right*, Tokyo, United Nations University, 1984; ALSTON, TOMASEVSKI, (eds), *The right to food*, Utrecht, 1984; SEN, *The right not to be hungry*, in FLOISTAD (ed.) *Contemporary Philosophy*, The Hague, 1982; TOMASEVSKI (ed), *The Right to food: guide through applicable international law*, Dordrecht, 1987; BORGHI - POSTIGLIONE BLOMMESTEIN (eds.), *For an Effective Right to Adequate Food: Proceedings of the International Seminar on "The right to food: a challenge for peace and development in the 21. century"* organizzato dall' International Jacques Maritain Institute presso il Ministero dell'Agricoltura a Roma, dal 17 al 19 Settembre 2001, Fribourg, 2002; WINDFUHR, *Access to land and water: Key elements of the human right to food?* in *Agriculture and Rural development*, vol. 1, 2005, p. 20 ss.; KENT, *Freedom from Want. The Human Right to Adequate Food*, Washington D. C., 2005; EIDE, KRACHT (eds.) *Food and Human Rights in Development. Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Antwerpen-Oxford 2005; MONSALVE SUÁREZ, *Access to land and productive resources*. FIAN International, 2006; CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, *Right to adequate food as a human right*, Geneva, 2006; NARULA, *The right to food: holding global actors accountable under international law* in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2006, p. 691 ss.; SÖLLNER, *The Breakthrough of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the interpretation of the Human Right to Food*, in VON BOGDANDY, WOLFRUM, (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, p. 391 ss.; KENT (ed), *Global Obligations for the Right to Food*, Rowman & Littlefield, New York, 2008; COTULA, DJIRÉ, TENGA (eds), *The Right to Food and Access to Natural Resources Using Human Rights Arguments and Mechanisms to Improve Resource Access for the Rural Poor*, Fao, 2009; GOLAY, CISMAS, *Legal Opinion on the Right to Property from a Human Rights' Perspective*. Rights & Democracy, 2010; ZIEGLER, GOLAY, MAHON, WAY, *The Fight for the Right to Food. Lessons Learned*, New York, 2011; GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruxelles, 2011; RICCI, *Il diritto al cibo sicuro nel diritto internazionale. Spunti di riflessione*, in *Diritto e Ambiente*, Roma 2012.

sufficient to satisfy the dietary needs of individuals, free from adverse substances, and acceptable within a given culture»¹⁶⁰.

I due elementi su cui si fonda la piena realizzazione del diritto ad un'alimentazione adeguata sono dunque la *disponibilità* di cibo, in quantità e qualità sufficienti, e *l'accessibilità*, intesa come capacità degli individui di procurarsi accesso a cibo adeguato.

Il diritto al cibo ha trovato, poi, ulteriore specificazione tramite le *Direttive Volontarie per il supporto della realizzazione progressiva del diritto ad un'alimentazione adeguata nel contesto della sicurezza alimentare nazionale*, adottate dagli Stati all'unanimità in seno alla FAO, di particolare rilevanza il paragrafo 17 della Prefazione ed introduzione: *«States have obligations under relevant international instruments relevant to the progressive realization of the right to adequate food. Notably, States Parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) have the obligation to respect, promote and protect and to take appropriate steps to achieve progressively the full realization of the right to adequate food. States Parties should respect existing access to adequate food by not taking any measures that result in preventing such access, and should protect the right of everyone to adequate food by taking steps so that enterprises and individuals do not deprive individuals of their access to adequate food. States Parties should promote policies intended to contribute to the progressive realization of people's right to adequate food by proactively engaging in activities intended to strengthen people's access to and utilization of resources and means to ensure their livelihood, including food security. States Parties should, to the extent that resources permit, establish and maintain safety nets or other assistance to protect those who are unable to provide for themselves.»*. Sebbene le Direttive non introducano nuovi obblighi in capo agli Stati, esse chiariscono la portata di obbligazioni già esistenti e manifestano la volontà politica degli Stati ad impegnarsi per la piena realizzazione del diritto al cibo.

L'interpretazione del contenuto normativo fornita dal Comitato, si fonda sul concetto di sicurezza alimentare. Ai sensi della definizione accolta al *World Food Summit Plan of Action* del 2002, la sicurezza alimentare è soddisfatta quando gli individui possono in qualsiasi momento avere accesso fisico ed economico ad un'alimentazione sufficiente,

¹⁶⁰ General Comment n. 12, The Right to Adequate Food, UN Doc. E/C.12/1999/5, 12 maggio 1999. Vedi *ibid*: *«The right to adequate food is realized when every man, woman and child, alone or in community with others, has physical and economic access at all times to adequate food or means for its procurement»*.

sicura e nutritiva per soddisfare le proprie necessità dietetiche e le proprie preferenze alimentari per una vita attiva e sana. Tale concetto ha subito una significativa evoluzione: se prima, infatti, veniva posta l'enfasi sulla *disponibilità* di cibo, l'attenzione si è successivamente spostata sull'*accesso* fisico ed economico all'alimentazione: i casi di malnutrizione cronica più gravi sono stati, infatti, riscontrati in ambiti in cui la disponibilità di cibo era abbondante, ma gli individui non erano fisicamente o economicamente in grado di accedervi.

Altre cifre preoccupanti si riferiscono, d'altro canto, all'accesso all'acqua¹⁶¹. Secondo le stime dell'UN GLAAS Report del 2012, nonostante possa rilevarsi un leggero progresso rispetto al ciclo precedente, sarebbero ancora 780 milioni le persone prive di un accesso diretto all'acqua potabile¹⁶², una cifra ben lontana dai fini preposti tramite l'adozione dell'UN Millennium Declaration¹⁶³. Le stime più preoccupanti riguarderebbero, in particolare, la zona dell'Africa Sub-Sahariana¹⁶⁴.

Secondo la definizione adottata congiuntamente da WHO ed UNICEF nel *Joint Monitoring Programme for Water Supply and Sanitation*, l'accesso essenziale all'acqua, necessario per soddisfare le necessità basilari per dissetarsi¹⁶⁵, cucinare e pulire, si risolverebbe nella disponibilità di un minimo di 20 litri di acqua al giorno per ciascun individuo, estratti da una fonte non più lontana di 1 km.

Sebbene l'acqua rappresenti un elemento fondamentale per la sopravvivenza e sia strumentale al pieno godimento di altri diritti (basti pensare al ruolo che svolge rispetto alla produzione e consumo del cibo, per la biodiversità etc.), l'accesso all'acqua *per se* si trova espressamente formulato in un esiguo numero di strumenti di diritto

¹⁶¹ Secondo le stime UN-Water Global Annual Assessment of Sanitation and Drinking-water (GLAAS) 2012 Report: the challenge of extending and sustaining services, 2012, redatto ciclicamente dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, sarebbero ca. 2,5 miliardi i soggetti privi di accesso ai servizi sanitari.

¹⁶² Il report fornisce, inoltre, una serie di previsioni post 2015, secondo le quali la cifra suindicata si ridurrebbe al massimo a 605 milioni. I numeri rimangono, evidentemente, ancora allarmanti.

¹⁶³ United Nations Millennium Declaration, U.N. Doc. A/RES/55/2 (2000).

¹⁶⁴ Progressi significativi sarebbero stati invece riscontrati in Stati con un'alta densità demografica, come Cina e India. Sul punto vedi MARRELLA, *The Right to Water and Icsid Arbitration: Two Sides of the Same Coin or An Example of Fragmentation of International Law? Current problems of contemporary international law: Proceedings of the Annual Scientific Conference*, Mosca 9-10 Aprile 2010, in *Materials of the Annual Inter-University Scientific Conference of Russia, Moscow, Peoples' Friendship University of Russia*, p. 11 ss.. E' giusto dare conto del fatto che gli indici di controllo e monitoraggio rispetto ai fattori che incidono sull'accesso all'acqua si prestano ad una serie di critiche. Tuttavia, neanche i tentativi di revisione di tali indici sono stati finora utili a garantirne una precisa ricognizione.

¹⁶⁵ L'acqua deve rispettare dei criteri minimi di sicurezza. In particolare, deve rispondere ad uno standard di qualità prefissato e non deve costituire un rischio per la salute. Così WHO and UNICEF *Joint Monitoring Programme for Water Supply and Sanitation, Progress on Sanitation and Drinking-water: 2013 Update*, pp. 77, 78.

internazionale posti a tutela dei diritti umani¹⁶⁶. V'è dunque da chiedersi se il quadro normativo consenta di parlare positivamente e a pieno titolo di un diritto umano all'acqua¹⁶⁷.

Ad un livello più generale, un riferimento implicito può osservarsi in merito a quanto previsto dalla Dichiarazione sui Diritti Umani ed al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, rispettivamente agli artt. 25 e 11 in materia di standard di vita adeguato.

In particolare, secondo le indicazioni fornite dal Comitato CESCER nel General Comment n. 15¹⁶⁸, il diritto all'acqua può dirsi discendere dal combinato disposto del diritto di ciascun individuo ad un adeguato livello di vita e dal diritto alla salute, previsto all'art. 12 del Patto.

In effetti, la stessa formulazione dell'art. 11 del Patto lascerebbe intendere in tal senso. La previsione specifica, infatti, che la realizzazione di tale diritto non può prescindere dalla contemporanea e piena realizzazione di altri diritti *inclusi* un'alimentazione adeguata e diritto ad un alloggio. L'utilizzo del termine *including* lascerebbe dunque intendere che si tratti di una lista non esaustiva di diritti *strumentali*. In questo senso, il diritto all'acqua sembrerebbe costituire un pilastro sul quale insistono il diritto alla vita ed alla dignità umana.

V'è da chiedersi, tuttavia, se la violazione del diritto possa farsi valere autonomamente ed indipendentemente da una contemporanea violazione dei diritti dei quali esso costituisce componente essenziale.

Un espresso ed autonomo riferimento, sebbene ancora piuttosto timido, si rinviene nelle già citate Convenzioni sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, la Convenzione sui diritti del fanciullo e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

Dove, al contrario, può riscontrarsi una forte invocazione all'accesso all'acqua e ai servizi sanitari è certamente un ampio *corpus* di dichiarazioni e programmi internazionali elaborati dalle Organizzazioni Internazionali a vario titolo.

¹⁶⁶ Ci riferiamo, in particolare all'art. 14 (h) della Convenzione sull'Eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, adottata nel 1979 in seno all'Assemblea Generale ed alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, all'art. 24 (2) (c).

¹⁶⁷ Sul punto vedi MARRELLA, cit. p. 15; COULEE, *Les Développements Contemporains du Droit International de L'eau*, in *VII Anuario Brasileiro De Direito Internacional*, 2010, p. 159 ss; FITSMAURICE M., *The Human Right to Water*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2009 p. 538 ss; RAZZAQUE, *Trading Water, the Human Factor in Review of European Community and International Environmental Law*, 2004, p. 15 ss.

¹⁶⁸ Si tratta, naturalmente, di uno strumento di *soft law*, che contribuisce a fornire ricognizione qualificata del diritto in oggetto, al pari di quanto visto in materia di diritto al cibo, E/C. 15/2002/11.

In particolare, sia l'Assemblea Generale che il Consiglio per i Diritti Umani¹⁶⁹ hanno ribadito nelle loro risoluzioni quanto già elaborato dal Comitato CESC in materia, affermando un implicito obbligo degli Stati alla tutela del diritto all'acqua. Il valore giuridico di tali risoluzioni, come visto, non è tuttavia vincolante *per se*, andrà quindi valutata la natura della norma a livello di diritto internazionale generale.

Ed in effetti, esaminando il complesso normativo sia a livello regionale¹⁷⁰, che nazionale¹⁷¹, sembrerebbe potersi affermare che esiste una comune *iuris opinio* degli Stati rispetto all'esistenza ed all'autonomia concettuale del diritto all'acqua. Numerosi Stati hanno, infatti, riconosciuto, sia elaborandolo a livello normativo che giurisprudenziale, una piena dignità alla norma in parola, nella sua natura di diritto umano.

Tuttavia, dal quadro brevemente esaminato non emerge con chiarezza il *contenuto* del diritto all'acqua in termini di obblighi per gli Stati, considerata, in particolare, la sua ambivalente natura di bene pubblico ed economico allo stesso tempo¹⁷².

La difficoltà di ricondurre le diverse previsioni normative ad unità, ha condotto il Consiglio per i Diritti Umani a nominare nel Marzo 2008 un Esperto Indipendente “*on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*”¹⁷³.

Sinora, sono stati individuati cinque criteri normativi relativi al diritto all'acqua, ed in particolare, la disponibilità, l'accessibilità, la qualità e la sicurezza, l'*affordability*, e l'accettabilità. Ve ne sono poi di ulteriori, che si intendono trasversali rispetto a tutti i criteri sopra visti, ed in particolare: non-discriminazione, partecipazione, *accountability*, impatto e sostenibilità. I primi ripercorrono quanto già stabilito in materia di diritto al

¹⁶⁹ Vedi in particolare A/RES/64/292 dell'Assemblea Generale adottata dal Consiglio con ris. A/HRC Res. 15/9, para 3: «*The human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the highest attainable standard of physical and mental health as well as the right to life and human dignity.*».

¹⁷⁰ In questo senso vedi ad esempio il Protocollo su acqua e salute, adottato dall'UNECE nel 1999, o ancora l'Abuja Declaration, adottata al primo Summit Africa-Sud America nel 2007, ed infine la Dichiarazione di Delhi, adottata alla Conferenza sud-asiatica sui servizi sanitari del 2008.

¹⁷¹ Sono numerosi i Paesi che, tramite disposizioni esplicite a livello costituzionale (fra questi ad esempio la Colombia ed il Sud Africa), o tramite l'elaborazione giurisprudenziale hanno espressamente riconosciuto il diritto all'acqua (vedi *e.g.* India e Sud Africa), fornendo ulteriori prove utili rispetto alla prassi degli Stati in materia. Particolarmente rilevante è stata la pronuncia della Corte Sudafricana, che ha riconosciuto espressamente la natura di diritto umano nell'accesso all'acqua, rispetto alle tariffe applicate dalla società distributrice in seguito alla privatizzazione, *Lindiwe Mzibuk and Others v. Johannesburg Water and Others, South African High Court, Witwatersrand Local Division*, n. 06/13865, 7 Luglio 2007.

¹⁷² Quest'aspetto ha avuto estrema rilevanza rispetto alle pratiche di privatizzazione dell'acqua adottate in numerosi Paesi. Sull'opportunità del ricorso a tali operazioni rispetto alla realizzazione del diritto all'acqua vedi MARRELLA, cit., p. 22 ss.

¹⁷³ Human Rights Council A/HRC/ 7/22, 12 Marzo 2008.

cibo, in particolare rispetto all'accesso ed alla disponibilità¹⁷⁴. Particolarmente interessante è l'introduzione di obblighi procedurali (fra i quali la trasparenza, la rappresentatività e l'accesso alle informazioni), strumentali alla piena realizzazione del diritto all'acqua. Questi, in particolare, sono strettamente legati al *decision-making-process*, e ci pare acquistino ancora più rilevanza rispetto a quanto diremo in seguito in materia di sovranità alimentare.

9. Incardinare la sicurezza alimentare in ottica normativa significa porre l'accento sul fatto che essa non rappresenta uno strumento politico di natura discrezionale, ma si traduce in obblighi ben precisi a carico dello Stato, fondati sulla piena realizzazione del diritto ad un'alimentazione adeguata, tramite interventi positivi a livello istituzionale, in particolare a favore delle categorie più vulnerabili.

Sebbene gli individui non godano di un diritto a ricevere *tout court* un'alimentazione adeguata, gli Stati mantengono, tuttavia, un ruolo centrale alla piena implementazione di esso: ai sensi dell'art. 2(1) del Patto sui diritti economici, sociali e culturali¹⁷⁵ si impegnano ad operare, con il massimo delle risorse disponibili e tramite tutti i mezzi adeguati¹⁷⁶, alla progressiva realizzazione dei diritti contenuti nei Patti¹⁷⁷.

Il requisito dell'utilizzo del "massimo delle risorse disponibili" pone, inoltre, un limite al margine di discrezionalità concesso agli Stati nell'approntare le strategie di allocazione delle risorse, ed impone, inoltre, allo Stato di darvi massima priorità.

¹⁷⁴ A/HRC/15/31, Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, 1 Luglio 2010.

¹⁷⁵ Art. 2. ICESCR «*Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures*».

¹⁷⁶ Sul requisito dell'*appropriateness* relativamente alle misure adottate, si è pronunciata la Corte Costituzionale Sudafricana nel caso *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* relativo al diritto di abitazione. La Corte ha esaminato la legislazione interna e le misure poste in essere dallo Stato per la realizzazione di tale diritto, per valutare se esse fossero rispondenti al requisito dall'art. 2.

¹⁷⁷ Il concetto di realizzazione progressiva è stato specificato dal Comitato nel senso che esso «*constitutes recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. [...] Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. [...] The Covenant... imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources*».

Ancora più stringente è l'obbligo degli Stati di garantire il pieno riconoscimento del diritto di essere libero dalla fame e dalla malnutrizione. In proposito, si fa rilevare che quest'ultimo, al contrario del diritto ad un'alimentazione adeguata – che va realizzato progressivamente – richiede l'adozione di misure urgenti ed immediate. Il diritto ad essere libero dalla fame corrisponde, d'altronde, alla *core obligation*¹⁷⁸ degli Stati rispetto al diritto al cibo, ed avrebbe raggiunto, secondo parte della dottrina, lo status di norma consuetudinaria¹⁷⁹.

Il Comitato ha ulteriormente specificato la natura degli obblighi che incombono sugli Stati rispetto al generico impegno ad operare con il massimo delle risorse disponibili per la progressiva realizzazione dei diritti contenuti nel Patto¹⁸⁰; rispetto al diritto al cibo, in particolare, gli Stati devono primariamente astenersi dal porre in essere misure che possano restringere o inficiarne il godimento.

L'obbligo di rispetto si concretizza in un atteggiamento negativo dello Stato. Esso è chiamato a non interferire nelle attività private dei soggetti volte alla realizzazione del diritto ad un'alimentazione adeguata, e, d'altra parte, a non impedire esistenti forme di accesso al cibo¹⁸¹. L'obbligo principale si traduce, in questo caso, nel non privare gli

¹⁷⁸ La categoria delle *core obligations* è stata introdotta dal Comitato nel *General Comment* n. 3, rispetto al livello minimo ed essenziale che deve essere garantito da ciascuno Stato per la realizzazione dei diritti contenuti nel Patto. Si tratta, in altri termini, di individuare quali siano gli obblighi a realizzazione immediata che incombono sullo Stato, per i quali è previsto, fralaltro, un onere della prova piuttosto stringente. Secondo il Comitato «*In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations*». Lo Stato ha, quindi, l'obbligo di adottare misure immediate rispetto al contenuto essenziale del diritto, la cui piena attuazione può essere assicurata progressivamente. SÖLLNER ritiene, inoltre, che possa rilevarsi una *core obligation* anche rispetto al diritto ad un'alimentazione adeguata: secondo il Comitato, infatti, «(the right to food should) not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with a minimum package of calories, proteins and other specific nutrients», SÖLLNER, cit p.404.

¹⁷⁹ Sul punto, estensivamente, NARULA, *The right to food: holding global actors accountable*, cit. p. 687 ss; SEN, *The right..* cit., p. 73 ss.

¹⁸⁰ GOLAY, *Le droit à l'alimentation* cit. Cfr., in particolare, sul "trittico" delle obbligazioni statali di rispettare, proteggere ed implementare estensivamente EIDE, *Food as a human right*, cit.; NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl-Strasbourg-Arlington, 2005.

¹⁸¹ Nel caso *SERAC v Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 155/96, 27 October 2001*, cit., la Commissione ha ritenuto che la distruzione e contaminazione delle risorse di sostentamento (fra cui acqua, suolo e raccolti), da parte del governo nigeriano e dell'impresa statale nigeriana di petrolio, integrava una piena violazione del diritto al cibo della popolazione *Ogoni*. Allo stesso modo, nel suo *Parere Consultivo sulle conseguenze legali della costruzione di un muro nei territori Palestinesi occupati* reso nel 2004, la Corte Internazionale di Giustizia ha ritenuto che la confisca e la distruzione della proprietà su quei territori aveva determinato serissime ripercussioni per la produzione agricola, ed impedito la piena realizzazione di un adeguato standard di vita. In particolare, il *General Comment* n. 12, al para 19, indica che costituiscono violazioni del diritto il cibo, fra le altre «(the) adoption of legislation or policies which are manifestly incompatible with pre-existing legal obligations relating to the right to food; and failure to regulate activities of individuals or groups so as to prevent them from violating the right to food of others, or the failure of a State to take into account its

individui dell'accesso alle risorse produttive dalle quali dipendono per il loro sostentamento; il diritto deve essere, infatti, realizzato in via primaria dai beneficiari della norma.

Tuttavia lo Stato non può rimanere passivo rispetto alla piena realizzazione del diritto, ma deve agire positivamente a tale scopo.

L'obbligo di proteggere¹⁸², richiede un intervento positivo da parte dello Stato, diretto ad impedire che soggetti terzi possano ostacolare il pieno godimento del diritto, ponendo in essere tutte le misure necessarie per prevenire e reagire ad eventuali violazioni. Di conseguenza, l'obbligo impone agli Stati di adottare tutte le misure necessarie perché terzi soggetti impediscano ai beneficiari di accedere al cibo. Lo Stato può, quindi, essere ritenuto responsabile per violazioni del diritto al cibo commesse da società che operano sul suo territorio, se non è stato in grado di prevenire o reagire alla violazione.

Medesima natura positiva ha l'obbligo di implementazione da parte dello Stato, chiamato a facilitare l'accesso al cibo ed integrato dall'art. 11 paragrafo (2) del Patto¹⁸³. L'obbligo di implementazione include, inoltre, l'adozione di strategie volte a migliorare l'accesso alle risorse naturali, tramite programmi di restituzione o redistribuzione, o garantendo una protezione giuridica più stringente ai diritti vantati su esse¹⁸⁴.

international legal obligations regarding the right to food when entering into agreements with other States or with international organizations».

¹⁸² Sul punto si esprimono le *Direttive FAO sull'implementazione progressiva del diritto al cibo*, vedi *supra*; sulla implementazione di riforme agrarie che favoriscano i piccoli coltivatori, vedi DE SCHUTTER, *ult. op.cit.*, p. 608 ss.

¹⁸³ Art. 11(2): «Gli Stati parte del presente Patto, riconoscendo il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame, adotteranno, individualmente e attraverso la cooperazione internazionale, tutte le misure, e fra queste anche programmi concreti, che siano necessarie: a) per migliorare i metodi di produzione, di conservazione e di distribuzione delle derrate alimentari mediante la piena applicazione delle conoscenze tecniche e scientifiche, la diffusione di nozioni relative ai principi della nutrizione, e lo sviluppo o la riforma dei regimi agrari, in modo da conseguire l'accrescimento e l'utilizzazione più efficaci delle risorse naturali; b) per assicurare un'equa distribuzione delle risorse alimentari mondiali in relazione ai bisogni, tenendo conto dei problemi tanto dei Paesi importatori quanto dei Paesi esportatori di derrate alimentari». È possibile distinguere due diverse articolazioni dell'obbligo d'implementare: l'obbligo di facilitare impone allo Stato di garantire agli individui ed alle collettività il supporto necessario per accedere ad un'alimentazione adeguata; l'obbligo di fornire si riferisce ad una specifica situazione d'incapacità assoluta dei beneficiari di poter accedere al cibo con i mezzi a loro disposizione (come nel caso di un disastro naturale); in questo caso lo Stato dovrà provvedere a fornire il nutrimento adeguato.

¹⁸⁴ Sulla questione della restituzione delle terre, vedi *Indigenous Community Yakye Axa v Paraguay, Inter-American Court on Human Rights*, Judgement 17 June 2005. In questo caso, la Corte Interamericana dei Diritti Umani, ha rilevato una violazione da parte del governo del Paraguay dell'art. 4 della Convenzione Americana sui Diritti Umani. Sebbene questa previsione protegga espressamente il diritto alla vita, la Corte ha ritenuto che tale diritto, sia da intendersi quale garanzia di uno standard di vita minimo e dignitoso, che include il diritto al cibo. Il non completamento della procedura di restituzione della terra alla popolazione indigena aveva ostacolato l'accesso al cibo da parte di tali comunità, e dunque determinato anche una violazione del diritto alla vita.

Con particolare riferimento all'ambito regionale africano, va rilevato che il principale strumento di tutela dei diritti umani, la Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, non prevede un riferimento esplicito al diritto al cibo¹⁸⁵, tuttavia la Commissione Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, nel caso *SERAC v. Nigeria*, ha ritenuto che esso fosse implicito nella Carta. In particolare, il diritto al cibo sarebbe essenziale per la piena realizzazione del diritto alla vita, alla salute ed allo sviluppo¹⁸⁶. La Commissione ha, inoltre, specificato che gli obblighi che discendono dalla Carta si inquadrano nel sistema di tutela visto sopra¹⁸⁷, integrando anch'essi obblighi di proteggere, rispettare ed implementare i diritti previsti.

L'istituzione della Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha aperto un ulteriore spiraglio alla "justiciability" dei diritti contenuti nella Carta. A differenza della Commissione, infatti, le decisioni adottate sono pienamente vincolanti; rimangono, tuttavia, una serie di perplessità in merito ai meccanismi sanzionatori nel caso di accertata inadempienza da parte dello Stato, ed in relazione all'obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni¹⁸⁸.

Gli obblighi degli Stati in relazione al diritto al cibo possono, quindi, integrare obbligazioni positive e negative, e coinvolgere, di conseguenza, la responsabilità dello Stato per il compimento di un illecito internazionale omissivo o commissivo¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Un simile riferimento è invece contenuto nel Protocollo sui diritti delle donne in Africa all'art. 15, con particolare riferimento al periodo della gravidanza e dell'allattamento.

¹⁸⁶ Para 64: «*The Communication argues that the right to food is implicit in the African Charter, in such provisions as the right to life (Art. 4), the right to health (Art. 16) and the right to economic, social and cultural development (Art. 22). By its violation of these rights, the Nigerian Government trampled upon not only the explicitly protected rights but also upon the right to food implicitly guaranteed*», *Serac v. Nigeria*.

¹⁸⁷ Para 44: «*Internationally accepted ideas of the various obligations engendered by human rights indicate that all rights-both civil and political rights and social and economic- generate at least four levels of duties for a State that undertakes to adhere to a rights regime, namely the duty to respect, protect, promote, and fulfil these rights. These obligations universally apply to all rights and entail a combination of negative and positive duties. As a human rights instrument, the African Charter is not alien to these concepts and the order in which they are dealt with here is chosen as a matter of convenience and in no way should it imply the priority accorded to them. Each layer of obligation is equally relevant to the rights in question.*» *Serac v. Nigeria*.

¹⁸⁸ I sistemi di accesso alla giustizia sono, infatti, piuttosto costosi e farraginosi in molti Paesi africani. Sul punto vedi COTULA, *Legal empowerment for local resource control: securing local resource rights within foreign investment projects in Africa*, IIED, Londra, 2007.

¹⁸⁹ L'illecito omissivo pare comunque la fattispecie che più spesso si configura in presenza di attività economiche condotte da imprese sul territorio dello Stato. Il configurarsi di una responsabilità a carico del Paese d'origine dipende innanzitutto dal controllo che detto Stato esercita sull'impresa di propria nazionalità e dal grado di extraterritorialità della giurisdizione che il Paese può vantare, vedi *infra*. Sul punto, estensivamente, BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, p. 48 ss., Milano, 2012; PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, 2006. In relazione alla responsabilità degli Stati rispetto a tali obblighi, si fa rilevare che il cinque Maggio 2014 è entrato pienamente in vigore il Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti economici sociali e culturali, in

10. Come detto, la sicurezza alimentare può dirsi soddisfatta quando sia garantito il pieno accesso fisico ed economico al cibo, in quantità e qualità adeguate, indipendentemente dall'origine del prodotto o dai metodi di produzione. La prospettiva adottata è, quindi, quella del *risultato*¹⁹⁰, considerato, peraltro, il margine di discrezionalità concesso agli Stati per la progressiva realizzazione del diritto. È evidente, tuttavia, che la liberalizzazione del commercio agricolo ha determinato serie ricadute sui soggetti più vulnerabili¹⁹¹ e mette a repentaglio la loro sicurezza alimentare. Se la premessa è quella di ribaltare le cause della malnutrizione sul lungo termine, la necessità è, allora, di concentrarsi non sul fine, ma sul *mezzo*, intervenendo per via strutturale sul processo di produzione e distribuzione alimentare. Le alternative proposte

seguito al deposito da parte dell'Uruguay del decimo strumento di ratifica. Il protocollo introduce una procedura quasi-giurisdizionale per la presentazione di comunicazioni individuali o di gruppo al Comitato ESCR per la presunta violazione di uno dei diritti del Patto. L'adozione del Protocollo da parte dell'Assemblea Generale nel 2008 è stata accolta con particolare favore quale ulteriore tassello verso l'eliminazione della disparità di tutela rispetto ai diritti civili e politici, già dotati di un simile meccanismo di ricorso. Il Protocollo stabilisce tre diverse procedure: la prima relativa ai reclami individuali o di gruppo; la seconda relativa ai ricorsi infra-statali; la terza riguarda, infine, le inchieste che il Comitato può svolgere quando ritenga che si siano integrate gravi e sistematiche violazioni di diritti previsti dal Patto, e solo previo esplicito consenso dello Stato parte interessato; si fa notare a tal proposito, che gli ultimi due meccanismi prevedono che gli Stati membri del Protocollo abbiano espressamente dichiarato di accettare la competenza del Comitato in merito. Nel primo caso adotta invece delle raccomandazioni, cui lo Stato parte dovrà approntare debita risposta nei sei mesi successivi; il Comitato può inoltre richiedere l'adozione di misure conservative per evitare danni irreparabili alle vittime della presunta violazione. Interessante, inoltre, la possibilità per il Comitato di proseguire gli accertamenti avviati in merito ad una presunta violazione, anche in caso di rinuncia da parte del ricorrente individuale. Indipendentemente dal dibattito che ha accompagnato l'adozione del Protocollo in merito alla giustiziabilità dei diritti economici, sociali e culturali ed alla portata degli obblighi di cooperazione internazionale degli Stati, l'entrata in vigore di questo strumento rafforza l'accesso alla giustizia per la tutela dei diritti economici sociali e culturali, fornendo un ulteriore meccanismo di controllo per rimediare alle violazioni più frequenti di tali diritti. Sul punto MAHON, *Progress at the Front: The Draft OP-ICESCR*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 617 ss.; GARGIULO, *Il Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in VENTURINI, BARIATTI (eds.) *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 339 ss.; DE SCHUTTER, *Le protocoles facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme Working Paper, 2005; SIMMONS, *Should states ratify protocol? Process and consequences of the optional protocol of the ICESCR*, in *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter : Nordic Journal of Human Rights*, 2009, p. 64 ss.; LANGA, *Taking Dignity Seriously. Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR*, *Nordic Journal of Human Rights*, 2009, p. 29 ss.; VANDENBOGAERDE, WOUTER, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: an Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process* in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 207 ss.

¹⁹⁰ Sul punto, MOWBRAY, *The Right to Food and the International Economic System: An Assessment of the RightsBased Approach to the Problem of World Hunger*, in *Leiden Journal of International Law*, 2007, p.545 ss.; LEE, *Food Security and Food Sovereignty*, in *Centre for Rural Economy Discussion Paper Series No. 11*, Marzo 2007; SHATTUCK, HOLT-GIMÉNEZ, *Moving from Food Crisis to Food Sovereignty*, in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2009, p.421 ss.; PIMBERT ET AL., *Democratising Agricultural Research for Food Sovereignty in West Africa*, Bamako/London, IIED, 2010; ROSSET, ET AL., *The Campesino-to-Campesino Agroecology Movement of ANAP in Cuba: Social Process Methodology in the Construction of Sustainable Peasant Agriculture and Food Sovereignty*, in *Journal of Peasant Studies*, 2011, p. 29 ss.

¹⁹¹ Sul punto vedi DISTEFANO, *La globalizzazione agricola tra esigenze di liberalizzazione degli scambi e tutela dei diritti umani*, in *Liber Amicorum in onore di Paolo Picone* (a cura di LIGUSTRO, SACERDOTI) Napoli, 2011, cit.

da Jean Ziegler, prima, e da Olivier De Schutter, in seguito, si muovono in questa prospettiva¹⁹².

D'altro canto le misure di politica economica fanno parte delle strategie che gli Stati sono tenuti ad adottare per la progressiva realizzazione del diritto al cibo, e non possono che porsi in un'ottica di piena tutela dei diritti umani: troppo poco è stato fatto per favorire i piccoli coltivatori e consentire, in questo modo, di sviluppare una produzione domestica, che si attagli al fabbisogno alimentare locale.

A tal proposito, e con particolare riferimento all'obbligo di cooperazione degli Stati per la piena realizzazione del diritto al cibo, pare utile richiamare la recente entrata in vigore della Convenzione di Londra sull'Assistenza Alimentare del 25 Aprile 2012, che succede alla Convenzione sugli Aiuti Alimentari (CAA) del 1999. La CAA definisce una serie di norme che disciplinano l'assistenza alimentare, e rappresenta, al momento, l'unico strumento internazionale vincolante che obbliga gli Stati parte ad un impegno annuo minimo di assistenza alimentare.

La Convenzione apporta numerosi miglioramenti rispetto alla precedente del 1999. Indicativo è a tal proposito lo stesso titolo del trattato, che si apre a forme di assistenza diverse dal mero aiuto alimentare, individuato in precedenza nella sola fornitura di cibo e sementi, ed il cui fine è quello di spingere gli Stati recipienti verso la sufficienza e l'indipendenza alimentare di lungo termine, tenendo conto degli obiettivi nazionali di sviluppo. Fra le *eligible activities* previste dalle *Rules of Procedure and Implementation* risulta, fra gli altri, il trasferimento di *voucher* per il consumo alimentare o di interventi terapeutici nutrizionali. Si tratta evidentemente di un approccio più moderno, che si spinge oltre la mera erogazione degli aiuti alimentari, allo scopo di migliorare l'accesso al cibo, la sicurezza alimentare e lo stato nutrizionale delle popolazioni più vulnerabili in maniera efficiente ed efficace, in funzione al fabbisogno ed alle esigenze del contesto locale. La Convenzione prevede, ancora, che l'assistenza alimentare sia fornita sotto forma di donazione; è inoltre incentivato l'acquisto dei prodotti alimentari e delle altre componenti dell'assistenza alimentare sui mercati locali e regionali; gli aiuti devono, poi, essere erogati in forma svincolata. Simili previsioni riflettono la preoccupazione che gli aiuti vincolati possano determinare delle distorsioni sul mercato locale ed essere sottesi ad interessi commerciali dello Stato donatore. Altrettanto significativo è l'impegno esplicito alla responsabilità ed alla trasparenza delle politiche e delle

¹⁹² Vedi in particolare ZIEGLER, E/CN.4/2004/10, 2004; DE SCHUTTER, A/HRC/16/49, 2010.

operazioni di assistenza alimentare, coadiuvate da un meccanismo di comunicazione annuale (i report degli Stati non saranno, tuttavia, resi pubblici in forma integrale) al Comitato per l'Assistenza Alimentare, istituito tramite la Convenzione, ed in linea, peraltro, con la Dichiarazione di Parigi sull'Efficacia degli Aiuti del 2005. Fondamentale, ed indicato sin dagli obiettivi della Convenzione, è il riferimento allo standard di adeguatezza del cibo fornito tramite assistenza, che oltre ad essere sicuro e nutriente, deve rispettare la cultura delle abitudini alimentari dello Stato recipiente, previsioni che si pongono in linea rispetto alla piena implementazione del diritto ad un'alimentazione adeguata, la cui progressiva realizzazione, così come indicata dalle linee guida della FAO, è richiamata sin dal preambolo.

Rimangono, tuttavia, numerose previsioni che destano qualche dubbio in merito alla piena effettività della Convenzione. In primo luogo, non è più indicata una quota fissa per l'impegno annuo minimo dei donatori: gli Stati parte dovranno, entro sei mesi dalla ratifica, specificare qual è il livello di assistenza cui vogliono vincolarsi; questo nuovo sistema consente, però, ai membri di modificare il proprio impegno su base annuale. Gli Stati possono, inoltre, esprimere il loro impegno in termini quantitativi (tonnellate di grano o equivalenti) o in termini monetari, specificando quale valuta desiderano utilizzare. L'ultima previsione riduce ulteriormente le condizioni di prevedibilità dell'assistenza fornita dai singoli donatori, risultando, di fatto, in un paradosso: gli impegni in valuta sono infatti variabili, perché soggetti alla volatilità internazionale dei prezzi della valuta, che possono innalzarsi improvvisamente come nel caso della crisi del 2007 - 2008. Al verificarsi di una simile condizione, ai sensi del trattato, si determinerà un abbassamento, e non un innalzamento, dell'impegno in termini reali. Alcune norme introducono, inoltre, degli elementi di discrezionalità in merito al pieno rispetto dei principi generali di assistenza alimentare di cui all'art. 2 del trattato, spesso accompagnati da considerazioni di possibilità ed opportunità (vedi ad es. art. 2 a) I, VI; art. 2 b) I, III) la cui valutazione è lasciata agli Stati membri. Una norma che desta particolari perplessità è la previsione di cui all'art. 3, ai cui sensi la Convenzione lascia impregiudicati gli obblighi presenti o futuri che intercorrono tra le Parti in forza della loro partecipazione all'OMC. Inoltre, in caso di conflitto tra questi obblighi e la CAA, saranno i primi a prevalere. La Convenzione non pregiudica, infine, la posizione che le Parti possono adottare in seno ai negoziati OMC. La previsione in questione tradisce, evidentemente, lo spirito del trattato, facendo prevalere le norme poste a tutela del commercio internazionale su esigenze umanitarie, favorendo l'equiparazione dei

prodotti destinati all'alimentazione a qualsiasi altra merce di scambio. Si fa rilevare, incidentalmente, che se la bozza d'accordo redatta in seno al Doha Development Round prevede che le transazioni aventi ad oggetto misure di aiuto alimentare debbano essere in forma di concessione, la CAA consente che una quota del 20 % sia fornita in forma di prestito. Se si considera la composizione dei firmatari (membri del tradizionale *donor's club* di matrice liberale), tuttavia, non stupisce che nella convenzione si ritrovino simili disposizioni. Infine, il meccanismo di controllo e risoluzione delle controversie sorte in merito all'interpretazione o al presunto inadempimento degli obblighi derivanti dalla Convenzione, affidato al Comitato sull'assistenza alimentare, non pare particolarmente stringente. Le decisioni del Comitato sono, infatti, adottate per *consensus*, in assenza di formale opposizione da parte di alcuno degli Stati membri¹⁹³.

Ciononostante, degno di nota ed estremamente rilevante ai nostri fini, é il coinvolgimento, previsto ai sensi della Convenzione, dei Paesi beneficiari nella valutazione del fabbisogno, definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione dell'assistenza alimentare; seppur le negoziazioni siano state chiuse agli Stati non-donatori, tramite questa previsione il trattato introduce un elemento di maggiore inclusività rispetto alla FAC del 1999, consentendo ai recipienti di esercitare un controllo effettivo sulle operazioni di produzione, conferimento e distribuzione, spingendosi oltre il raggiungimento della mera autosufficienza alimentare.

In questo contesto si colloca il principio di sovranità alimentare, sostenuto e rivendicato dalle organizzazioni internazionali di contadini e lavoratori agricoli e recentemente articolato nella Dichiarazione di Nyeleni¹⁹⁴ del 2007, che definisce la sovranità alimentare «*the right of peoples to healthy and culturally appropriate food produced through ecologically sound and sustainable methods, and their right to define their own food and agriculture systems*».

Il concetto di sovranità alimentare è stato variamente, e non sempre coerentemente, definito dalle origini della sua formulazione ad oggi. Nel 1996, Via Campesina definiva la sovranità alimentare: «*the right of each nation to maintain and develop its own capacity to produce its basic foods respecting cultural and productive diversity. We*

¹⁹³ Sul punto, VIVERO POL, *What is the value-added of the new Food Assistance Convention 2012?*, <http://hungerpolitics.wordpress.com>, Luglio 2012; CLAPP, *The 2012 Food Assistance Convention: Is a Promise Still a Promise?*, <http://triplecrisis.com/the-2012-food-assistance-convention-is-a-promise-still-a-promise/>, 2012; CLAY *What's the use of the 2012 Food Assistance Convention?*, <http://www.odi.org.uk/opinion/6656-food-assistance-convention-hunger-food-price>, 2012.

¹⁹⁴ Si tratta di una manifesto politico adottato dai movimenti internazionali dei contadini e piccoli agricoltori a Nyeleni nel 2007, durante un *forum* che ha raccolto 800 organizzazioni di contadini, piccoli agricoltori, pescatori pastori ed impiegati agricoli.

have the right to produce our own food in our own territory. Food sovereignty is a precondition to genuine food security» (La Tlaxcala Declaration, 1996). Nel 2002 la definizione viene ampliata in maniera rilevante: *«Food sovereignty is the right of peoples to define their own food and agriculture; to protect and regulate domestic agricultural production and trade in order to achieve sustainable development objectives; to determine the extent to which they want to be self-reliant; to restrict the dumping of products in their markets; and to provide local fisheries-based communities the priority in managing the use of and the rights to aquatic resources. Food sovereignty does not negate trade, but rather, it promotes the formulation of trade policies and practices that serve the rights of peoples to safe, healthy and ecologically sustainable production»* (Peoples Food Sovereignty Network, 2002).

La difformità che per prima risalta tra le due definizioni risiede primariamente nella titolarità dei diritti articolati nelle dichiarazioni. La categoria della sovranità è, infatti, generalmente legata allo Stato, come soggetto di diritto internazionale; vale la pena rilevare che le prime formulazioni indicavano le “nazioni” quali titolari della sovranità alimentare, in risposta alle regole del sistema di commercio internazionale dell’OMC, che veniva considerato causa di progressiva erosione della capacità degli Stati di definire le loro politiche agricole ed alimentari¹⁹⁵. Il concetto si è, tuttavia, evoluto nel senso di un diritto dei “popoli”, quali immediati fruitori della terra, a controllare in maniera diretta l’utilizzo delle risorse.

Quest’aspetto ha contribuito a renderlo un principio piuttosto controverso e di difficile individuazione nel suo preciso contenuto. Tuttavia, sebbene si tratti di un concetto di natura politica, allo stadio attuale è possibile rinvenire dei profili di natura giuridica ad esso sottesi, che possono essere utilizzati quale base normativa per la sua rivendicazione.

Tale principio presenta importanti implicazioni per le politiche d’accesso alle risorse naturali, promuovendo un modello di sviluppo agricolo centrato sulla produzione locale dei piccoli agricoltori.

¹⁹⁵ Sul punto, PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell’Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 149 ss. ; DESTA, *The Law of International Trade in Agricultural Products*, The Hague, 2002; PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell’accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005; MURPHY, *Trade and Food Reserves: What role does the WTO play?* in *Institute for Agriculture and Trade Policy Papers*, 2010. Sugli effetti della globalizzazione agricola sulla tutela del diritto al cibo vedi RITCHIE, DAWKINS, *WTO Food and Agricultural Rules: Sustainable Agriculture and the Human Right to Food*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 2000, p. 9 ss; DISTEFANO M., *La globalizzazione agricola* cit.; MURPHY, *Land Grabs and Fragile Food Systems: The Role of Globalization*, in *Institute for Agriculture and Trade Policy Paper*, 2013.

Il pilastro principale, sul quale si fonda la sovranità alimentare, è il “diritto dei popoli” di acquisire pieno controllo della terra e definire i loro sistemi agricoli, indipendentemente dai vincoli imposti dal sistema di commercio globale. L’enfasi è posta sulla produzione domestica¹⁹⁶ da parte dei piccoli agricoltori e sull’accesso alla terra, ostacolato dalla progressiva istituzione enclavi di *agribusiness*¹⁹⁷, per favorire una produzione che sia in grado di resistere al *dumping* di prodotti stranieri sul mercato interno e responsabilizzare gli individui, incentivando un controllo diretto sulla sicurezza alimentare. L’alternativa proposta implica, inoltre, un sistema di coltura agro-ecologico ispirato alla sostenibilità ed alla biodiversità, che pone un netto rifiuto all’introduzione di trasformazioni tecnologiche contrarie alla cultura di riferimento.

Il diritto al cibo può costituire una base giuridica forte per sostenere la sovranità alimentare. Gli Stati sono, infatti, obbligati ad adottare tutte le misure efficaci verso la progressiva realizzazione del diritto: ne deriva, quindi, che se il sistema di produzione e distribuzione alimentare messo in campo non è in grado di garantire il pieno rispetto dell’obbligo, questo deve essere riformato e sviluppato in modo tale da soddisfare il diritto ad un’alimentazione adeguata in tutte le sue articolazioni.

La sovranità alimentare pone, invero, l’accento su *specifici* meccanismi di produzione ed accesso al cibo e non su una *qualsiasi* modalità di accesso; questi potrebbero, tuttavia, rappresentare l’unica alternativa, per soddisfare *realmente* la sicurezza alimentare sul lungo periodo. Le operazioni di *agribusiness* rappresenterebbero, quindi, l’ultima *ratio* cui rivolgersi nell’estremo caso in cui essi risultino imprescindibili modelli per lo sviluppo ed il miglioramento delle condizioni di vita delle popolazioni localmente stanziate.

¹⁹⁶ Tuttavia, l’eccessiva esaltazione dell’elemento “locale” di produzione e distribuzione, sottovaluta l’inservibilità di un’estremizzazione del principio di sovranità alimentare in situazioni di emergenza, determinate dai disastri naturali. In quest’ultimo caso è evidente che la *sicurezza* alimentare non potrà essere garantita che facendo ricorso ad assistenza esterna. Le teorizzazioni del principio di sovranità alimentare tendono, invece, a negare *tout court* un qualsiasi intervento esterno in termini di approvvigionamento. Seppure il modello esaltato sia fondamentale per costruire un’adeguata resilienza nella fase pre e post-disastro, il principio andrebbe ripensato alla luce dell’emergenza umanitaria che può determinarsi in tali casi. Sul punto vedi GIBB, VEUTHEY, *How Do Disasters Shape Food Sovereignty in the Philippines? Exploring the Reciprocal Relationships between Food and Disaster* in *Philippine Journal of Third World Studies*, 2011 p. 341 ss.

¹⁹⁷ Il concetto di sovranità alimentare pone più specifica attenzione all’accesso alle risorse naturali. La sovranità alimentare «*empowers peasant and family farmer-driven agriculture*», e richiede “*genuine and integral agrarian reform that guarantees peasants full rights to land, defends and recovers the territories of indigenous peoples, ensures fishing communities’ access and control over their fishing area and ecosystems, [...] honours access and control by pastoral communities over pastoral lands and migratory routes*», Dichiarazione di Nyéléni sulla Sovranità Alimentare.

La necessità è, in definitiva, quella di invertire la percezione della terra quale bene fungibile, e restituirla invece alla multifunzionalità economica, sociale e culturale cui essa è destinata.

Vi è, poi, un ulteriore elemento che rafforza ulteriormente il principio di sovranità alimentare. Le diverse formulazioni approntate, seppure contraddittorie in alcuni punti, danno la dimensione di quello che pare potersi identificare, prendendo in prestito un linguaggio tipico dei diritti umani, come il *contenuto minimo* del concetto. Ed in effetti, l'evoluzione dei soggetti titolari ad esercitare la sovranità alimentare, rinvenuta nelle differenti definizioni, indica la necessità di distribuire gli spazi di sovranità su diversi livelli di controllo e gestione delle politiche agricole, non accentrate esclusivamente in capo allo Stato, quanto, piuttosto, articolate tramite la costruzione di un sistema di potere multilivello; si tratta, in altri termini, della rivendicazione di un processo di democraticizzazione nel *decision – making*¹⁹⁸, relativo, nel caso di specie, alla questione alimentare. E' necessario capire se una simile connotazione procedurale possa trovare supporto in strumenti giuridici vincolanti, in grado, per lo meno in parte, di veicolare simili pretese.

A tal proposito, estremamente rilevanti risultano, sul piano generale, i diritti legati alla partecipazione pubblica ed enucleati negli strumenti internazionali e regionali posti a tutela dei diritti umani¹⁹⁹. In particolare, nel *General Comment* n. 12, il Comitato ha ritenuto che la trasparenza e la partecipazione pubblica fossero fra i requisiti necessari per la corretta formulazione ed implementazione di strategie nazionali volte a garantire la piena realizzazione del diritto al cibo²⁰⁰; i meccanismi istituzionali preposti, poi, devono essere riformati per assicurare un processo pienamente rappresentativo nella definizione delle politiche alimentari.

Nella medesima prospettiva si collocano i diritti procedurali in materia ambientale, introdotti dalla Dichiarazione di Rio del 1992 su Ambiente e Sviluppo ed ulteriormente articolati dalla Convenzione di Aarhus del 1998.²⁰¹

¹⁹⁸ E' chiaro che si richiede una preventiva destrutturazione delle disuguaglianze sociali. I sistemi patriarcali di molte popolazioni africane, ad esempio, si pongono ad ostacolo per la piena riuscita di questo processo.

¹⁹⁹ Libertà di espressione: UDHR, Art. 19; ICCPR, Art. 19; ECHR, Art. 10; ACHR, Art. 13; ACHPR, Art. 9; libertà di riunione ed associazione: UDHR, Art. 20; ICCPR, Artt. 21–22; ECHR, Art. 11; ACHR, Artt. 15– 16; ACHPR, Artt 10–11, libertà di ricevere informazioni, ACHPR, Art. 9; libertà di partecipare alla conduzione degli affari pubblici, UDHR, Art. 21; ICCPR, Art. 25; ACHR, Art. 23; ACHPR, Art. 13.

²⁰⁰ Para 2, *General Comment* n. 12, cit.

²⁰¹ Pur essendo stata promossa in seno all'UNECE, la Convenzione rimane aperta alla firma di tutti gli Stati ed anche di organizzazioni internazionali.

Quest'ultima, in particolare, sviluppa ulteriormente gli esiti della Dichiarazione di Rio, ed è stata definita un trattato fra il diritto dell'ambiente e i diritti umani²⁰². La Convenzione riconosce esplicitamente i diritti procedurali in materia ambientale, ed i corrispettivi obblighi in capo agli Stati parte. Il trattato sviluppa, specificatamente, il Principio 10 della Dichiarazione di Rio articolando la tutela di tali diritti su tre pilastri: l'accesso alle informazioni, la partecipazione ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia²⁰³.

Ancora più rilevante, in ambito regionale, è la nuova Convenzione Africana sulla Conservazione della Natura e sulle Risorse Naturali del 2003, che presenta un contenuto normativo molto simile a quello visto nella Convenzione di Aarhus. Il trattato, che dovrebbe succedere alla Convenzione di Algeri del 1969, non è, tuttavia, ancora entrato in vigore²⁰⁴.

La democrazia ambientale, definita come un *“modello in cui la legittimità dell'azione governativa è sensibilmente determinata dal grado di coinvolgimento informato degli individui, dei gruppi e dei popoli interessati nelle decisioni pubbliche di rilevanza ambientale”*²⁰⁵, potrebbe rappresentare un esempio interessante in termini evolutivi per il processo di democraticizzazione posto a fondamento del principio di sovranità alimentare, consentendo, da un lato, di superare le ristrettezze imposte dal principio di sicurezza alimentare e, dall'altro, le critiche che relegano la sovranità alimentare ad una mera rivendicazione politica.

Sezione Terza

11. L'evolversi del diritto internazionale dell'ambiente ha inevitabilmente inciso sulle modalità di esercizio e i margini applicativi del principio di sovranità permanente

²⁰² FODELLA, *I Principi Generali*, in FODELLA, PINESCHI (eds.), *La Protezione dell'Ambiente nel Diritto Internazionale*, Torino, 2009, p. 127.

²⁰³ Sulla convenzione vedi anche MUNARI, SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente Principi, regole, problemi*, Bologna, 2012, p. 128 ss. Gli autori non ritengono, tuttavia, che i diritti procedurali in materia ambientale abbiano raggiunto lo status di norme consuetudinarie, derivando esclusivamente da obblighi di natura pattizia.

²⁰⁴ Ratificata solo da 8 paesi, ne sono necessari 15 per l'entrata in vigore. Sulla Convenzione vedi *An Introduction to the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources*, IUCN Environmental Policy and Law Paper, IUCN, 2004.

²⁰⁵ PITEA, *Protezione dell'Ambiente e Tutela dei Diritti Umani*, in FODELLA, PINESCHI (a cura di), cit., p. 133 ss.

degli Stati sulle risorse naturali²⁰⁶. Alla luce di tale evoluzione, non pare più ammissibile accordarvi un'esplicazione incondizionata. Secondo lo schema già proposto, il principio è, infatti, fonte di diritti e *obblighi* internazionali.

In materia ambientale, in particolare, sembra che il generale obbligo di cooperazione²⁰⁷ finalizzato alla conservazione delle risorse naturali, più sopra accennato, informi la maggior parte degli strumenti di diritto internazionale in materia, considerata, in particolare, le peculiarità dell'ambiente, difficilmente ascrivibile in maniera rigorosa ad un unico territorio.

Il primo obbligo, evidentemente immediato precipitato del principio generale *sic utere tuo ut alienum non laedes*, è il divieto di inquinamento transfrontaliero, norma consuetudinaria e codificata al principio n. 21 della Dichiarazione di Stoccolma²⁰⁸. La norma, originata dai rapporti di buon vicinato, pone il divieto di uso nocivo del territorio a danno di altri Stati o di aree non soggette alla sovranità statale²⁰⁹. Integrandolo un obbligo *negativo* di non fare, tale norma ben si inserisce nell'architettura classica del diritto internazionale che vede nel rispetto della sovranità altrui uno dei pilastri strutturali. Il principio è bene enucleato dalla Corte Internazionale di Giustizia, nel caso *Gabcikovo-Nagymaros*, «*The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction control and respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to investment*»²¹⁰. L'obbligo per lo Stato, oltre ad un generale atteggiamento negativo, si sostanzia nel dovere di controllo sulle attività economiche private che si svolgono sul suo territorio, e, di conseguenza, nell'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per evitare che i privati possano causare danni di natura transfrontaliera²¹¹.

²⁰⁶ Estensivamente sull'apporto del principio di sviluppo sostenibile sul principio della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali, cfr. SCHRIJVER, *Sovereignty* cit., p. 120 ss; ID., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Boston 2008.

²⁰⁷ Sulla portata del *duty to cooperate*, vedi FRENCH, *Sustainable Development*, in *Research Handbook on International Environmental Law*, Oxford, 2011, p. 61 ss.

²⁰⁸ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stoccolma, 1972, Principio 21: «*States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction*».

²⁰⁹ Vedi in questo senso *Lac Lanoux Arbitration*, Spagna c. Francia, in *International Law Materials*, 1957, p. 101 ss e *Trail Smelter Arbitration*, Usa c. Canada, in *Recueil des Sentences Arbitrales.*, vol. III, p. 1905 ss.

²¹⁰ ICJ, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgement, 25 September 1997, par. 53; nello stesso senso, ICJ, *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, par. 29.

²¹¹ Sul punto vedi BONFANTI, cit. p. 79 ss.

La dimensione in parola è stata ben articolata dalla giurisprudenza internazionale, in particolare dalla CIG nel caso *Pulp Mills*²¹². Nel caso di specie, la Corte ha specificato che l'obbligo non si esaurisce nella mera adozione di misure normative o di regolamentazione, ma implica anche un obbligo di vigilanza nell'implementazione delle stesse e l'esercizio di un controllo amministrativo applicabile alle attività svolte sia da operatori pubblici che privati²¹³.

Tuttavia, non ci pare che la dimensione transfrontaliera esaurisca la protezione che il diritto internazionale accorda oggi all'ambiente. E' interessante notare che l'evoluzione della norma in materia dal suo contenuto prescrittivo "reciproco" infra-statale ad un concetto più ampio e "verticale" del precetto, si verifica storicamente con il passaggio da un diritto della coesistenza ad un diritto della cooperazione, secondo la ricostruzione più sopra sviluppata²¹⁴.

A tale sviluppo è, infatti, corrisposto un progressivo incremento di norme che pongono obblighi e diritti di natura "positiva" in capo agli Stati²¹⁵ per la tutela dell'ambiente; tali precetti non sono dovuti ad un singolo Stato, ma, secondo il modello degli obblighi *erga omnes*, nei confronti della Comunità Internazionale nel suo insieme²¹⁶. La questione si inseriva nel quadro dell'elaborazione teorica relativa al superamento di un'esclusiva regolamentazione internazionale fondata su obblighi "correlati" fra gli Stati, per spostarsi verso l'emergere di obblighi assoluti o obiettivi, immediatamente relativi ad interessi (sostanziali) di altri soggetti²¹⁷ rispetto agli Stati. Tale prospettiva è refluita, *in primis*, nel diritto internazionale particolare²¹⁸, ed è passibile di riflettersi, per lo meno per identità di *ratio* e struttura, sul piano del diritto internazionale generale in ambito di diritto internazionale ambientale. In questo senso, una prima manifestazione del superamento del mero carattere transfrontaliero del divieto di inquinamento si rinviene nella Dichiarazione di Stoccolma, ai principi 21 e

²¹² ICJ, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v. Uruguay, Request for the indication of provisional measures, Order, 23 January 2007.

²¹³ *Ivi* para 197.

²¹⁴ Vedi sez. I del presente capitolo.

²¹⁵ Sul punto estensivamente PICONE, *Obblighi reciproci ed erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in *Comunità Internazionale ed Obblighi erga omnes*, ult. ed. p. 26 ss.

²¹⁶ Non è un caso, infatti, che le prime affermazioni della Corte Internazionale di Giustizia in materia di obblighi *erga omnes* si collochino temporalmente nello stesso periodo (si pensi al caso *Barcelona Traction* del 1972). La medesima esigenza si rifletteva nel celebre art. 19 del Progetto di Articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (poi non refluito nell'attuale Draft del 2001) elaborato dal relatore Ago, che annoverava fra i "crimini" internazionali l'inquinamento ambientale.

²¹⁷ Vedi PICONE, cit. pp. 34 - 35

²¹⁸ Vedi, in particolare il trattamento riservato a tali obblighi dall'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati.

22²¹⁹, proclamando, il primo, l'obbligo di evitare danni all'ambiente, oltre che al territorio di altri Stati, anche in aree non sottoposte ad alcuna giurisdizione nazionale ed il secondo, un obbligo di cooperazione per la tutela dell'ambiente *tout court*.

E pare potersi affermare che sia proprio in tale prospettiva che si inquadra il principio di sviluppo sostenibile, paradigma ormai cardine dell'elaborazione normativa internazionale in materia ambientale.

Come è stato fatto rilevare da più parti, il principio è dotato di un'incisiva portata rispetto ad un possibile rimodellamento del contenuto normativo dei poteri sovrani dello Stato rispetto alla discrezionalità nella gestione delle risorse naturali. La carica innovativa del principio²²⁰, in particolare, inciderebbe sulla libertà di scelta solitamente accordata agli Stati rispetto ai modelli di sfruttamento delle risorse, ponendo una serie di limiti rispetto alle *modalità* di raggiungimento dello sviluppo.

Nel suo contenuto minimo, di cui a breve sarà valutata l'efficacia normativa, il principio, secondo quanto specificato nel celebre rapporto *Brundtland* "*Our Common Future*"²²¹ e già presente nella Carta dei diritti e doveri economici degli Stati all'art. 30²²², impone ad ogni Stato di gestire razionalmente le proprie risorse naturali senza compromettere lo sviluppo durevole e le condizioni di vita sul pianeta delle generazioni future.

Come efficacemente sostenuto²²³, "stilisticamente", o meglio, dal punto di vista del discorso politico-economico, lo sviluppo sostenibile rappresenta uno strumento estremamente efficace nel dibattito in materia ambientale. Dal punto di vista sostanziale, tuttavia, rimangono parecchie perplessità in merito al suo contenuto normativo ed al suo campo di applicazione *ratione materiae*.

E' difficile individuare nel principio *per se* un precetto prescrittivo preciso. L'intrinseca indeterminatezza che esso presenta, consente agli attori internazionali di invocarlo a favore dell'una o dell'altra esigenza, facendo valere alternativamente le esigenze di crescita economica o le esigenze di conservazione ambientale²²⁴, anche in

²¹⁹ In questo senso anche FRANCONI, *Sviluppo sostenibile e principio di diritto internazionale dell'ambiente*, in FOIS (ed.) *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Atti dell'IX Convegno della Sidi, Alghero, 16- 17 Giugno, Napoli, 2007, p. 47 ss.

²²⁰ Vedi sul punto PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in FERRARA, SANDULLI (eds.), *Trattato di diritto dell'Ambiente*, I, p. 83 ss.

²²¹ Report of the World Commission on Environment and Development, UN. Doc. A/Res 42/187, 11 Dicembre 1987.

²²² Sul punto vedi sez. I del presente lavoro.

²²³ FRENCH, cit., p. 51 ss.

²²⁴ Sul punto PITEA, ult.op.cit., p. 127

maniera del tutto contrapposta. Quel che è chiaro è che il principio postula il rapporto biunivoco ed interdipendente (senza quindi esprimere un giudizio di prevalenza²²⁵) tra le necessità di natura sociale ed ambientale da un lato ed economiche dall'altro²²⁶.

L'imprescindibile connessione fra le dimensioni sociali economiche ed ambientali dello sviluppo è stata messa in evidenza in diversi strumenti giuridici, per essere definitivamente suggellata negli *outcomes* della Conferenza di Rio su ambiente e sviluppo del 1992 e nei successivi strumenti di *soft law* o di diritto particolare, non solo limitati alla materia ambientale²²⁷.

In altri termini, lo sviluppo sostenibile postula la necessità che le esigenze ambientali non debbano essere considerate in maniera isolata rispetto agli altri *global concerns*. Non si tratta di far confluire il dibattito fra ambiente e sviluppo in unico *forum*, individuandone possibili punti di contatto, ma di riconoscere che i profili più sopra individuati sono *inseparabili* in termini di cause e dinamiche evolutive. Un tentativo di regolamentazione, ispirata alla sostenibilità, non può prescindere da questa interrelazione.

L'approccio *olistico*²²⁸ alla questione dello sviluppo sostenibile ne dà la misura di *metodo*, più che di un principio a contenuto univoco²²⁹. In altri termini, lo sviluppo sostenibile non sarebbe inquadrabile in una unitaria cornice normativa, quanto piuttosto caratterizzato da una struttura composita, all'interno della quale refluiscano una serie di principi più specifici, ispirati alla sostenibilità: da un lato il principio di equità inter- ed infra-generazionale e, dall'altro il principio di integrazione fra le tre dimensioni, sociale, economica ed ambientale dello sviluppo sostenibile.

La natura composita del principio rende difficoltosa l'identificazione del significato prescrittiva dello stesso. Le posizioni rispetto allo *status* ed all'effetto normativo dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale sono piuttosto divergenti. Secondo alcuni autori, in particolare, al precetto andrebbe attribuito il valore di principio generale

²²⁵ Tale approccio, sintomo di una sostenibilità forte, sarebbe invece rinvenibile nel progetto di un Patto internazionale su ambiente e sviluppo.

²²⁶ Così FRENCH, cit. p. 56 ss; estensivamente SCHRIJVER, ult. op. cit. Vedi poi il par. 140 del già citato caso *Gabcikovo-Nagymaros*: «(..) *This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly express in the concept of sustainable development.*».

²²⁷ Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992. Si pensi poi al Preambolo del GATT 1965, che fra i suoi obiettivi annovera lo sviluppo sostenibile.

²²⁸ In questo senso, *ex multis*, est. BIRNIE, BOYLE, REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, 2009.

²²⁹ Così, ad esempio FRANCIONI, cit. p. 43; sulla stessa linea ci pare si collochi PITEA, *Democrazia Ambientale e sviluppo sostenibile*, p. 126 ss; DUPUY, *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?* in *Revue Générale du Droit International Public*, 1997, p. 883 ss;

accettato dalla comunità internazionale nel suo insieme, avente carattere consuetudinario²³⁰. In questo senso si è espresso, ad esempio, il giudice Weeramantry nella sua opinione separata²³¹ al caso *Gabcikovo Nagymaros*; secondo il giudice «*is a part of modern international law by reason not only of its escapable logical necessity, but also by reason of its wide and general acceptance by the global community*»²³².

Di avviso diverso sono altri autori, secondo i quali mancherebbero sia l'*opinio iuris* che la prassi a sostegno di una simile conclusione, considerato, fra l'altro, l'utilizzo del tutto eterogeneo dell'espressione nella prassi statale. Esso sarebbe, quindi, meramente un obiettivo, un'aspirazione, non dotato, però di una dimensione giuridica. Altri ancora ritengono che il principio possa invece ritenersi una norma di *soft law*, pur non essendosi ancora pienamente formata la sua giuridica vincolatività. Come tale, essa sarebbe, tuttavia, in grado di contribuire²³³ allo sviluppo progressivo del diritto internazionale in materia ambientale e di guidare le operazioni ermeneutiche di regole già esistenti²³⁴.

Volendo, tuttavia, restare fedeli alla nostra premessa, e cioè che lo sviluppo sostenibile rappresenta una cornice normativa caratterizzata da principi autonomi e più specifici, è possibile valutare singolarmente la portata normativa di alcuni di essi.

In primis, quale valore fondante dello sviluppo sostenibile viene in evidenza il principio di equità, articolato, anche secondo quanto previsto ai principi 3²³⁵ e 5²³⁶ della Dichiarazione di Rio, in equità intragenerazionale ed intergenerazionale. Con la prima, si intende l'equa ripartizione fra le popolazioni delle risorse esistenti e dei benefici derivanti dallo sfruttamento delle risorse e, con la seconda, il rispetto degli elementi essenziali dell'ecosistema globale a tutela le generazioni future²³⁷. Alla seconda ipotesi, ci pare di poter far risalire l'utilizzo sostenibile delle risorse a fini conservativi, che non

²³⁰ Così SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, p. 103 ss.

²³¹ ICJ, *Progetto Gabcikovo-Nagymaros*, cit., Opinione separata del Giudice Weeramantry.

²³² Dello stesso avviso la Corte Permanente di Arbitrato nel caso *Iron Rhine*, 24 Maggio 2005, par. 59.

²³³ Così BEYERLIN, *Sustainable Development* in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, secondo il quale il principio sarebbe privo dei caratteri minimi di normatività.

²³⁴ Di questo avviso LOWE, *Sustainable Developments and Unsustainable Arguments*, in BOYLE, FREESTONE (eds.), p. 19 ss.

²³⁵ Principle 3: «*The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations.*»

²³⁶ Principle 5: «*All States and all people shall cooperate in the essential task of eradicating poverty as an indispensable requirement for sustainable development, in order to decrease the disparities in standards of living and better meet the needs of the majority of the people of the world.*»

²³⁷ Sul punto, in particolare BROWN-WEISS, *In fairness to Future Generations*, New York, 1989; FITSMAURICE M., *The Principle of Intergenerational Equity Revisited*, in BUFFARD (ed.) *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, 2008, p. 195 ss.; SCHWARTZ, *Implementing Intergenerational Equity*, in *Research Handbook on International Environmental Law*, cit., 2011, p. 243 ss.

risponde, dunque, agli interessi dei singoli Stati coinvolti, ma tuteli la risorsa *per se*²³⁸. La prassi convenzionale, relativa precipuamente a risorse naturali condivise o ad ecosistemi specifici, è ricca di indicazioni in tal senso. Non pare, tuttavia che, seppur auspicabile, tale principio possa estendersi alle ipotesi di sfruttamento domestico delle risorse naturali, nonostante esso possa rappresentare un utile *background* per la specificazione di norme più precise in materia²³⁹.

L'ipotesi di equità intragenerazionale risulta meno analizzata ed utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'esigenza è quella di approntare una soluzione alla sperequazione esistente nella ripartizione dei benefici economici derivanti dallo sfruttamento delle risorse ed al livello di sottosviluppo in cui ancora versano diversi Stati; in quest'ultimo senso, il principio delle responsabilità comuni²⁴⁰, ma differenziate ispira i trattati multilaterali in materia ambientale, nei quali numerose previsioni sono dedicate all'assistenza finanziaria ai paesi meno sviluppati e a misure di discriminazione positiva. Rispetto all'equa ripartizione delle risorse, gli strumenti convenzionali si ispirano non solo a fattori di natura geografica, ma anche a fattori di natura sociale ed alla dipendenza economica delle popolazioni a certi tipi di risorse²⁴¹.

Il secondo pilastro portante dello sviluppo sostenibile, ovvero il principio di integrazione, concretizza l'interdipendenza fra le dimensioni più sopra viste. Esso si sostanzia, quindi in un principio di bilanciamento. Secondo quanto ricostruito da attenta dottrina²⁴², esso presenta due distinti profili: ermeneutico e procedurale.

Il primo aspetto, in particolare, si riferirebbe alla necessità di interpretare in maniera "integrata" le disposizioni relative ad altre questioni di diritto internazionale alla luce delle necessità tipiche dello sviluppo sostenibile, al fine di apprestare un correttivo alla tipica struttura frammentaria del diritto internazionale.

In questo senso possono, ad esempio, leggersi le pronunce della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Gabcikovo-Nagymaros* e la pronuncia dell'Organo di Appello nel

²³⁸ Vedi in questo senso ICJ *Pulp Mills*, cit. parr. 175 – 177.

²³⁹ Così FRENCH, cit. p. 60.

²⁴⁰ Vedi in particolare principio 7 della Dichiarazione di Rio: «*States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit to sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command.*».

²⁴¹ La Convenzione di Montego Bay, già citata, contempla una serie di previsioni relativamente ai diritti di pesca delle popolazioni costiere.

²⁴² PTEA, cit. p. 134

caso *Gamberetti*²⁴³, che ha applicato un'interpretazione evolutiva la nozione di *risorse naturali esauribili* ai sensi dell'art. XX del GATT. Tuttavia, sembra utile precisare che il principio di integrazione, quale componente propria dello sviluppo sostenibile, pur svolgendo una funzione ermeneutica non si risolve nel criterio di interpretazione sistemica di cui all'art. 31.3 della Convenzione di Vienna o evolutiva²⁴⁴. Esso presenta infatti una giustificazione diversa ed ulteriore, rispetto al generale perseguimento della coerenza del diritto internazionale²⁴⁵; il principio di integrazione guida, infatti, il processo ermeneutico allo specifico fine del raggiungimento dello sviluppo sostenibile, presentando un pregnante carattere funzionale.

L'aspetto "procedurale"²⁴⁶ del principio di integrazione imporrebbe, invece, dei precisi obblighi nella fase di *decision-making* rispetto a progetti che possano presentare delle esternalità negative a carico dell'ambiente. Tali prescrizioni consentono di integrare tutti gli interessi in gioco, concretizzandosi non quale obiettivo (come accade nel caso dell'equità) quanto piuttosto come *mezzo* tramite il quale lo sviluppo sostenibile deve essere raggiunto.

Ed è proprio in questo senso che ci pare che la CIG abbia utilizzato il principio di integrazione, ossia quale quadro giuridico al quale ascrivere specifici obblighi di cooperazione fra gli Stati. Nel già citato caso *Pulp Mills*²⁴⁷, la Corte ha, infatti, specificato che gli obblighi procedurali integrano delle prescrizioni indipendenti rispetto agli obblighi sostanziali cui essi sono preposti. In particolare, obblighi di trasparenza, consultazione e notifica sono tipici del sistema di cooperazione infrastatale in materia ambientale. Un esempio tipico in questo senso è fornito dalla prassi di effettuare valutazioni di impatto ambientale transfrontaliere nel caso di progetti che coinvolgano più Stati o aree esterne alla giurisdizione statale²⁴⁸.

La prospettiva procedurale non si esaurisce tuttavia a livello interstatale, vi è infatti spazio per un'applicazione *infrastatale* del principio di integrazione, secondo quanto si vedrà nel prossimo paragrafo.

²⁴³ WTO, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS538/AB/R, 12 Ottobre 1998.

²⁴⁴ Sulla questione della frammentazione, vedi ampiamente cap. III del presente lavoro

²⁴⁵ *Ibid.* p. 141

²⁴⁶ In questo senso vedi anche FODELLA, cit. p. 119; PINESCHI, cit. p. 117.

²⁴⁷ ICJ *Pulp Mills*, cit., par. 78 - 79

²⁴⁸ Vedi principio 25 della Dichiarazione di Rio: «*States shall provide prior and timely notification and relevant information to potentially affected States on activities that may have a significant adverse transboundary environmental effect and shall consult with those States at an early stage and in good faith*».

12. Come più sopra anticipato, sebbene non sia chiara a livello di diritto internazionale generale la natura degli obblighi degli Stati rispetto ad attività capaci di incidere sull'ambiente, svolte esclusivamente all'*interno* del proprio territorio, esiste una forte dimensione infrastatale, a carattere prettamente procedurale, enucleata in una serie di disposizioni di natura pattizia e, per certi versi, consuetudinaria che compongono quella che viene oggi definita democrazia ambientale²⁴⁹. Tale concetto introduce una dimensione individuale e "collettiva"²⁵⁰ ai processi decisionali che coinvolgano valutazioni in materia ambientale.

La Dichiarazione di Stoccolma del 1972 ha dato il via a questa evoluzione. Nel preambolo vi è, infatti, un chiaro riferimento al valore della qualità dell'ambiente per ciascun individuo ed alla responsabilità, condivisa con le comunità e gli Stati, alla tutela dell'ambiente. Il Piano d'azione, ad essa allegato, invitava il Segretario Generale ONU ad istituire programmi di informazione per consentire ai cittadini di contribuire al dibattito in materia di ambiente.

La prassi successiva alla Dichiarazione di Stoccolma, è stata per lo più ispirata al tradizionale criterio transfrontaliero, per cui i diritti di accesso, informazione e risarcimento del danno venivano disciplinati conformemente al divieto di non discriminazione ed al rispetto del trattamento nazionale²⁵¹. Al di là di qualche strumento precedente²⁵², un primo superamento a livello globale di tale prospettiva, si verifica con la Dichiarazione di Rio del 1992 che al principio 10 prevede che «*Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided*». A tale previsione può aggiungersi il successivo piano d'azione Agenda 21, ricco di riferimenti

²⁴⁹ Vedi *ex multis*, PITEA, cit. *passim*; SCOVAZZI, *La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1989, p. 485 ss; RAZZAQUE, *Human Rights to a clean environment: Procedural Rights*, in *Research Handbook* cit., p. 284 ss.

²⁵⁰ Sul punto, vedi est. Sez. I del presente cap.

²⁵¹ Sul punto PITEA, p. 146

²⁵² Si vedano *e.g.* la Convenzione UNESCO del 1972 ed il Protocollo di protezione dell'Antartide che, nel quadro delle procedure di valutazione d'impatto ambientale, includeva i diritti di accesso e partecipazione del pubblico.

al necessario coinvolgimento della società civile alla *governance ambientale*²⁵³. Sebbene il principio presenti un linguaggio piuttosto generale, esso ha inciso profondamente sull'evoluzione normativa dei diritti di partecipazione sia a livello globale, che regionale, *in primis*, tramite l'individuazione di quei gruppi cui la Dichiarazione riconosce esigenze di maggior tutela: le donne, i giovani, *i popoli indigeni e le comunità locali*.

I pilastri identificati ed elaborati dalla Dichiarazione di Rio per introdurre il carattere multilivello tipico della *governance* ispirata alla democrazia ambientale, sono essenzialmente l'informazione, l'accesso alla giustizia e la partecipazione ai processi decisionali. Le tre componenti si ripresentano in maniera ricorrente in tutti gli strumenti di diritto internazionale che si occupano del profilo partecipatorio della tutela individuale.

E' interessante notare che la Dichiarazione ne effettua una valutazione che si discosta dalla prospettiva dell'*obbligo* dello Stato per essere inquadrata come *diritto* riconosciuto a ciascun individuo, strutturalmente costruito come posizione giuridica soggettiva²⁵⁴. Tali diritti sono inoltre riconosciuti indipendentemente dall'ambiente nel quale il soggetto si trova immediatamente in contatto, per esplicarsi in maniera più ampia alla materia ambientale *in generale*.

L'estensione può giustificarsi alla luce di quanto prefigurato dall'Agenda 21, che sottolinea la natura strumentale e funzionale dei diritti di partecipazione per il *pieno raggiungimento di uno sviluppo sostenibile*, che presuppone una crescita equilibrata nel suo complesso, e che tenga, evidentemente, conto dell'imprescindibile dimensione umana dello sviluppo²⁵⁵, che ci pare pienamente rispondente ad una dei componenti fondanti dello sviluppo sostenibile, secondo la ricostruzione qui riproposta: l'equità intragenerazionale ed intergenerazionale²⁵⁶.

Considerata l'eterogeneità delle norme esistenti in materia, sia in termini di vincolatività che di contenuto, sembra utile offrire una breve disamina degli obblighi previsti dalla Convenzione di Aarhus del 1998, in considerazione della spinta evolutiva che essa ha offerto in tema di democrazia ambientale nel precisare i diritti di partecipazione.

²⁵³ Vedi *e.g.* i capitoli 12, 19, 27, 36 e 37. Per un'analisi specifica, cfr. RAZZAQUE, cit., p. 287

²⁵⁴ PITEA, p. 154

²⁵⁵ Tale dimensione è, ad esempio, espressamente prevista dalla Convenzione per la cooperazione dell'ambiente costiero nel Nord-Est del Pacifico.

²⁵⁶ La democrazia partecipativa è, inoltre, di estrema importanza per la piena implementazione del principio di precauzione, secondo quanto si vedrà *infra*, rispetto alle valutazioni di impatto ambientale.

In primis, gli Stati devono adeguare i propri ordinamenti interni al fine di garantire l'effettivo esercizio dei diritti inclusi nella Convenzione a livello interno.

E' interessante notare, che l'applicabilità soggettiva dei diritti risulta particolarmente ampia. I diritti sono infatti previsti in capo a "*all members of the public*", fra i quali annoverare individui e *gruppi*.

Volendo procedere secondo la struttura a pilastri istituita dalla convenzione, viene in rilievo, in primo luogo, l'accesso alle informazioni, disciplinato agli artt. 4 – 5. Esso si compone essenzialmente di due profili: il primo, relativo all'obbligo di fornire le informazioni relative a questioni di natura ambientale a qualsiasi "*member*" ne faccia richiesta; il secondo relativo all'obbligo in capo alle Autorità Nazionali di svolgere un ruolo attivo nella raccolta e diffusione delle informazioni.

In secondo luogo, viene riconosciuto il diritto del pubblico a partecipare ai processi decisionali relativi all'implementazione di progetti che possano incidere significativamente sull'ambiente²⁵⁷. I requisiti minimi cui il diritto d'accesso deve rispondere risiedono nella necessità che gli Stati introducano norme di specificazione chiare per l'esercizio del diritto e che il coinvolgimento si verifichi nella fase iniziale del processo decisionale. Sebbene, a livello generale, non sia previsto un diritto di veto, neanche a vantaggio del "pubblico interessato", è necessario che le autorità, nel prendere la decisione, tengano conto degli esiti della partecipazione.

All'art. 9 è infine disciplinato l'accesso alla giustizia, che distingue tre diverse ipotesi di ricorso: il primo relativo alla violazione, omissiva o commissiva, del diritto all'accesso alle informazioni. La seconda ipotesi è relativa alla ricorribilità contro la legittimità sostanziale o procedurale di atti il cui procedimento decisionale prevedeva la partecipazione del pubblico. Infine, l'ordinamento interno deve consentire ai membri del pubblico, la cui posizione può pretendersi qualificata, di ricorrere contro qualsiasi violazione del diritto ambientale *nazionale*.

Come si vede, la tutela accordata dalla Convenzione di Aarhus presenta una struttura particolarmente articolata che garantisce ampia tutela alla democrazia ambientale.

Altrettanto non può riscontrarsi in altri strumenti pattizi multilaterali, che si limitano a generiche attestazioni di diritti partecipativi, della cui portata prescrittiva è lecito dubitare. Si veda e.g l'art. 6 della Convenzione del 1992 sui cambiamenti climatici: «*In carrying out their commitments under Article 4, paragraph 1(i), the Parties shall: (a)*

²⁵⁷ L'art. 6.1 della Convenzione prevede un'eccezione che consente agli Stati di escludere alla disciplina generale le attività poste in essere per il raggiungimento di un obiettivo di difesa nazionale.

Promote and facilitate at the national and, as appropriate, subregional and regional levels, and in accordance with national laws and regulations, and within their respective capacities (...)».

Altrettanto interessante ai nostri fini è l'art. 14 della Convenzione sulla Diversità Biologica, che limita al requisito del “*where appropriate*” i casi per la partecipazione del pubblico alla valutazione dell'impatto sulla biodiversità di progetti o attività di sfruttamento. La previsione è stata, tuttavia, ulteriormente elaborata dalla *Committee of Compliance* prevista per la Convenzione, che ha approvato una serie di linee guida (non vincolanti) sull'effettivo esercizio di diritti partecipanti.

Restando in materia di linee guida, un interessante apporto è certamente fornito dalle linee-guida Bali adottate nel 2010 dall'UNEP per lo sviluppo delle legislazioni nazionali rispetto ai diritti partecipanti in materia ambientale. Sebbene si tratti di strumenti non vincolanti, sicuramente pregevole risulta l'opera di cristallizzazione a livello globale dei principi portanti della democrazia ambientale effettuata da queste previsioni²⁵⁸.

A livello regionale, ed in particolare rispetto alle aree dell'America Latina e del continente africano, sono meno frequenti le disposizioni vincolanti in materia.

In particolare, i paesi dell'America Latina, oltre ad aderire allo strumento non vincolante della Strategia interamericana per la promozione della Partecipazione Pubblica nei Processi Decisionali per lo Sviluppo Sostenibile²⁵⁹, sono legati all'Accordo di Cooperazione Ambientale inserito nel quadro del Mercosur²⁶⁰, che annovera fra i suoi principi, quello della partecipazione pubblica. Si fa inoltre rilevare che un gruppo di Stati latinoamericani ha avviato, in occasione di Rio+20, un processo negoziale per l'adozione di un trattato regionale attuativo del Principio n. 10 della Dichiarazione di Rio.

A livello regionale africano, come già più *supra* accennato, l'unica previsione in materia di diritti partecipanti è contenuta nella Convenzione africana sulla natura del 2003, che non è, tuttavia, ancora entrata in vigore. L'art. 23.1., rubricato diritti procedurali, è dotato di un'ampia potenzialità applicativa, considerato che esso

²⁵⁸ Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters, UNEP, UN Doc. UNEP/GCSS.XI/11(3 Marzo 2010), sulle quali est. PITEA, cit. p. 172

²⁵⁹ CIDI/RES/98 (V-O/00), 20 Aprile 2000.

²⁶⁰ Framework Agreement on the Environment of Mercosur, 22 Giugno 2001.

ripropone l'approccio *rights-based* già sposato dalla Convenzione di Aarhus e lo estende a tutto il pubblico, nazionale e transfrontaliero.

Pare utile effettuare un'ultima notazione rispetto alla delimitazione soggettiva dei beneficiari di tali diritti.

I popoli indigeni godono di una protezione particolare, come già visto, rispetto ai diritti *procedurali* loro riconsociuti, che – vale la pena ricordare – non sono limitati *ratione materiae* alla questione ambientale.

Alle comunità localmente stanziare, qualificabili come gruppi, potranno estendersi le previsioni sinora viste in materia ambientale, nel caso in cui lo Stato di appartenenza, o lo Stato che attiva il progetto con effetti transfrontalieri, abbia ratificato uno degli strumenti che prevedono il coinvolgimento del pubblico e questi, specificatamente, si rivolgono ai *gruppi*.

In alternativa, rimarrà valido, se applicabile al caso di specie, il regime comune in materia di partecipazione, così come enucleato dagli strumenti in materia di diritti umani e la tutela accordata ai singoli diritti sostanziali, quando il non esperimento di un meccanismo partecipativo o procedurale, abbia condotto alla violazione di questi ultimi. A livello collettivo, inoltre, una tutela trasversale ci pare possa essere accordata secondo l'interpretazione evolutiva fornita *supra* in materia di autodeterminazione e diritti collettivi.

Da ultimo, pare utile specificare che, sebbene la continua produzione di strumenti di *soft law* e di diritto particolare in materia lasci pensare ad una prassi consistente che integri l'elemento della *diuturnitas*, qualche perplessità rimane rispetto al pieno perfezionamento di una *opinio iuris* condivisa dagli Stati rispetto alla generalità degli obblighi di partecipazione in materia ambientale. La breve disamina lascia comunque presagire una possibile ed ulteriore evoluzione normativa in questo senso.

13. Rispetto al pieno raggiungimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, lo Stato è tenuto *in primis* al rispetto del principio di prevenzione, codificato già dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1972 sull'ambiente umano. Tale norma impone, in primo luogo, un generico obbligo di *due diligence* da parte dello Stato per le attività svolte nel proprio territorio²⁶¹.

²⁶¹ Sul punto, vedi SANDS, cit., p. 280; FRANCONI, cit., p. 48; BONFANTI, cit. p. 84; MUNARI, SCHIANO DI PEPE, cit., p. 87

In altri termini, il principio impone allo Stato di porre in essere tutte le misure amministrative o legislative atte ad evitare ragionevolmente il prodursi di un danno ambientale a carico dell'ambiente di altri Stati o di aree non sottoposte a sovranità. L'obbligo si sostanzia, quindi, nella valutazione *preventiva* dei potenziali impatti ambientali di un determinato progetto o dell'attività economica svolta da un privato sul territorio dello Stato interessato. La CIG si è espressa chiaramente in questo senso nel caso *Pulp Mills*: «(..) *the obligation to prevent pollution and protect and preserve the aquatic environment of the River Uruguay (..) and the exercise of due diligence implied in it*»²⁶². Altrettanto interessante in questo senso, è quanto previsto dal Preambolo del Progetto di Articoli della CDI sulla prevenzione del danno transfrontaliero da attività pericolose²⁶³, in particolare gli Stati: «*are free to formulate necessary policies to develop their natural resources and to carry out or authorize activities in response to the needs of their populations. In so doing, however, States have to ensure that such activities are carried out taking into account the interests of other States and therefore the freedom they have within their own jurisdiction is not unlimited*».

Lo Stato può, d'altronde, dimostrare di avere posto in essere tutte le misure necessarie per prevenire il verificarsi dell'evento. L'esame andrà svolto in proporzione della pericolosità dell'attività e del grado di sviluppo dello Stato secondo quanto previsto dall'art. 11 della Dichiarazione di Rio.

Il principio di prevenzione è presente anche a livello convenzionale, ad esempio nella Convenzione sulla Biodiversità ed è ulteriormente specificato in una serie di principi procedurali, di notificazione o consultazione utili ad evitare possibili danni transfrontalieri. In particolare, conformemente a quanto previsto dalla Dichiarazione di Rio²⁶⁴, l'autorizzazione allo svolgimento di un'attività potenzialmente nociva è soggetta alla previa autorizzazione governativa ed all'espletamento di studi di impatto ambientale (VIA), che coinvolgano gli Stati interessati. Tale norma ha assunto carattere consuetudinario, confermato dalla giurisprudenza internazionale²⁶⁵. Parte della dottrina ritiene inoltre che tale obbligo sia estendibile a livello interno, considerato il linguaggio

²⁶² ICJ, *Pulp Mills*, cit., par. 101.

²⁶³ Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session, UN Doc. A/56/10, Preambolo.

²⁶⁴ Principio 17: «*Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority.*»

²⁶⁵ Vedi in particolare ICJ, *Pulp Mills*, secondo la Corte tale pratica «*in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law*», par. 204.

del principio 17 della Dichiarazione di Rio²⁶⁶. Un ulteriore aspetto del principio di prevenzione si riferisce, poi, alle misure da adottare per minimizzare gli effetti delle attività economiche e corrispondere il risarcimento del danno ambientale, invocabile “anche in assenza di un illecito internazionale”²⁶⁷.

Il principio di precauzione presenta uno stretto rapporto di complementarietà con lo sviluppo sostenibile²⁶⁸, considerato che quest’ultimo dipende inevitabilmente dal progresso scientifico e tecnologico, sia nel senso che esso apporta beneficio, sia, viceversa, nel senso di un possibile danno procurato all’ambiente tramite le innovazioni tecnologiche.

Esso sintetizza quest’ambivalenza, secondo quanto previsto dall’art. 15 della Dichiarazione di Rio²⁶⁹. In altri termini, quando vi sia fondato motivo di credere che una determinata attività possa causare un danno irreversibile all’ambiente, la mancanza di prove scientifiche non deve essere utilizzata quale ragione per procrastinare le misure di tutela da adottare per prevenire il verificarsi del danno²⁷⁰.

Tuttavia molte difficoltà rimangono rispetto all’esatta individuazione della natura giuridica del principio, considerato il termine “approccio” utilizzato dalla Dichiarazione e la vaghezza del principio precauzionale quando richiamato in strumenti pattizi²⁷¹.

Secondo alcuni autori, esso sarebbe privo di giuridica vincolatività, esprimendo solamente un’aspirazione. Ed in effetti non è possibile affermare che il principio abbia acquisito carattere di norma consuetudinaria²⁷². Esso sembrerebbe, infatti privo dei caratteri di normatività; non è quindi in grado di produrre obblighi e diritti incondizionati a carico degli Stati²⁷³.

Tuttavia il principio di precauzione è dotato del carattere della *giuridicità*, e, come tale, indica i valori della coscienza collettiva e funge da linea guida nell’adozione di

²⁶⁶ In questo senso, FODELLA, PINESCHI, cit. p. 102.

²⁶⁷ Sul punto PITEA, cit. p. 132

²⁶⁸ Principio 15: «*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*».

²⁶⁹ Sul principio, *ex multis*, FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, 1994; SCHROEDER, *Precautionary Principle/Approach*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2009.

²⁷⁰ Anche il principio di precauzione è previsto convenzionalmente da numerosi strumenti. Di particolare rilevanza il Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, agli artt. 10 e 11.

²⁷¹ Per un’analisi estesa vedi TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, 2006.

²⁷² In questo senso BIRNIE, BOYLE, cit. p. 389.

²⁷³ Così FRANCONI p. 53

decisioni dei giudici internazionali o nella formazione di trattati internazionali²⁷⁴. Il fatto che esso sia caratterizzato ontologicamente dall'*intercezza* del pericolo che si cerca di anticipare – e che non si è pienamente in grado di prevedere –, non ci pare possa, infatti, incidere sulla sua natura giuridica. Secondo alcuni autori²⁷⁵, sarebbe proprio tale particolare circostanza a destare perplessità, considerato che un sistema di norme è fondato sul principio della certezza del diritto. Sembra, però, potersi sostenere che l'approccio precauzionale non si trovi in contrasto con tale assunto. In quanto principio, esso infatti è dotato di un certo grado di generalità, perchè destinato ad ispirare specifiche norme o comportamenti ed a rappresentarne, per certa misura la *ratio*.

Tale profilo sembra potersi ben riscontrare, seppure in maniera implicita, nell'ordinanza di misure cautelari emanata dall'ITLOS nel caso *Southern Bluefin Tuna*; in particolare, secondo il Tribunale, pur non essendo stato possibile stabilire con certezza quali misure fossero necessarie alla conservazione degli stock, ha ritenuto necessario emanare le misure cautelari di cui all'ordinanza, al fine di preservare i diritti delle parti e non arrecare ulteriori danni agli stock in parola

L'accoglimento del principio precauzionale è stato esplicitato chiaramente nelle opinioni separate di alcuni giudici del Tribunale²⁷⁶. La posizione da questi espressa è particolarmente rilevante, soprattutto rispetto all'attenzione rivolta alle questioni ambientali per sé considerate. In particolare, secondo il giudice Treves, la circostanza per cui le misure cautelari «[...] *may be prescribed to prevent serious harm to the marine environment*” and not only to preserve the respective rights of the parties, noted in paragraph 67 of the Order, is relevant for establishing the criterion for determining whether there is urgency in the qualitative sense whenever the measures, even though requested for the preservation of the rights of a party, concern rights whose preservation is necessary to prevent serious damage to the environment.» è rilevante ai fini della corretta qualificazione del criterio d'urgenza, quando le misure ordinate siano

²⁷⁴ Sulla giuridicità dei principi generali, vedi cap. III del presente lavoro. Il principio è stato più volte invocato nell'ambito di controversie sorte in seno a diversi fora giurisdizionali. Vedi *e.g. Nuclear Tests Case*, ICJ, cit. par. 288; *Gabcikovo Nagymaros*, ICJ, cit. para 57; *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan)* ITLOS; Order for Provisional Measures, 27 August 1999; *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26, WT/DS48; *EC – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* – Notification of an Agreement with Respect to Art. 21.3(c) of the DSU. Va, tuttavia, specificato che la maggiorparte dei Tribunali su indicati ha evitato di prendere posizione rispetto al principio di precauzione, circostanza che denota ulteriormente l'attuale impossibilità di attribuirvi il valore di norma consuetudinaria.

²⁷⁵ Cfr., ad esempio, DE SADELEER, in FRENCH, *Research*, cit.p. 182 ss.

²⁷⁶ *Southern Bluefin Tuna*, cit. *Separate Opinion of Judge Treves*, *Separate Opinion of Judge ad hoc Shearer*, *Separate Opinion of Judge Laing*.

finalizzate anche alla preservazione di diritti diversi da quelle delle parti e riguardino potenziali danni all'ambiente²⁷⁷. In altri termini, l'approccio precauzionale sarebbe insito nella nozione stessa di misure cautelari²⁷⁸, in quanto funzionalmente finalizzate al prevenire il verificarsi o il peggiorarsi di un danno, seppure esso non sia prevedibile nei modi e nell'intensità, ispirando la determinazione dell'urgenza. Fralaltro, simile ragionamento non richiederebbe la preventiva rilevazione del principio quale norma consuetudinaria, considerato che esso si pone a sostrato della decisione che il giudice effettua nel merito, previo accertamento del permanere delle condizioni fattuali e conformemente alla funzione di indirizzo del principio. Anche nel caso di specie emerge, quindi, un'evoluzione dell'ordinamento verso la tutela dell'ambiente in quanto tale, avulso dagli interessi che i soggetti possano vantare su di esso e sulle risorse che lo compongono.

Sezione Quarta

14. L'energia, intesa quale prodotto dello sfruttamento di certe risorse naturali²⁷⁹, rappresenta un bene imprescindibile per ciascuno Stato. Dal punto di vista economico, tuttavia, l'approvvigionamento di tale risorsa risponde a meccanismi di mercato, non sempre in grado di garantire adeguatamente le esigenze nazionali di approvvigionamento²⁸⁰.

L'aumento di domanda energetica, più in generale, ha determinato un corrispettivo incremento nei progetti di investimento, specie da parte dei Paesi che importano risorse energetiche. L'energia è, infatti, uno dei più incisivi fattori che regolano l'economia mondiale. Secondo una stima dell'Organizzazione degli Stati Esportatori di Petrolio (OPEC), la domanda di petrolio continuerà a crescere considerevolmente²⁸¹, mantenendolo ancora la fonte di approvvigionamento più importante nel prossimo futuro. La volatilità dei prezzi, specie rispetto ai combustibili fossili, ha risollevato la

²⁷⁷ *Separate Opinion Judge Treves*, cit. p. 2.

²⁷⁸ In maniera emblematica, il giudice fa rilevare che l'aderenza delle misure al principio è evidente già nell'etimologia terminologica.

²⁷⁹ Ci riferiamo qui all'energia intesa quale prodotto fisico.

²⁸⁰ Sull'instabilità dei prezzi in materia di energia, vedi Cap. II

²⁸¹ OPEC *Frequently Asked Questions*, Report 2008. Vedi sul punto ERKAN, *International Energy Investment Law*, Amsterdam, 2010, p. 3.

delicata questione della sicurezza energetica. Provando a fornire una definizione, essa potrebbe generalmente intendersi come la capacità, per gli Stati, di accedere alle risorse energetiche al prezzo di mercato. Tuttavia, come efficacemente sostenuto²⁸², la sicurezza energetica assume diversi connotati in virtù dei soggetti e dell'ambito applicativo nella quale essa si esplica²⁸³. Provando quindi a fornire una definizione di sicurezza energetica a fini normativi, pare utile partire da quanto precisato dall'Agenzia Internazionale per l'Energia: «*energy security means environmentally friendly access to sufficient resources of reliable energy at a reasonable price*».

Tentando di identificare i singoli elementi contenuti nella definizione in parola, può dirsi che la quantità di risorse richiesta per soddisfare i requisiti minimi di sicurezza deve coprire il *quantum* necessario ai bisogni di tutte le entità all'interno di un singolo Stato, tale da consentire in situazioni di emergenza di soddisfare il fabbisogno minimo della popolazione, senza mettere a repentaglio la loro salute o lo standard minimo di vita; inoltre, rispetto al settore industriale, le modalità di rifornimento devono essere tali da non mettere a rischio l'andamento economico del Paese nel suo insieme; infine, il flusso di recepimento deve garantire un regolare funzionamento delle istituzioni statali²⁸⁴.

Il nocciolo duro del concetto si risolverebbe, quindi, nella *disponibilità* ed *accessibilità* economica delle risorse energetiche²⁸⁵. Come detto, tuttavia, il mercato non si presenta costantemente affidabile: i prezzi non sempre equi e stabili, determinano seri rischi di crisi energetiche internazionali. Tale circostanza va, infatti, interpretata alla luce della relativa alla scarsità dei combustibili fossili.

Il primo tentativo di risposta agli shock generati dalla fluttuazione dei prezzi è stata l'istituzione nel 1974 di una Agenzia Internazionale per l'Energia, utile a coordinare le politiche di risposta nazionali alle crisi energetiche²⁸⁶. Tuttavia, la cornice istituzionale-

²⁸² BRADBROOK, *International Law and Renewable Energy, Filling the Void* in *Festschrift für Prof. Riedel*, p. 235 ss; AUSTIN, BOCHAREV, *Energy Sovereignty and Security*, Policy Paper 1/2007, East West Institute.

²⁸³ VALENTINE, *The Fuzzy Nature of Energy Security*, in SOVACOL (ed.) *The Routledge Handbook of Energy Security*, p. 47 ss.

²⁸⁴ BEHLOLAHVEK, *Energy Security and Energy Sovereignty from the Investment Protection Perspective*, in *Journal of International Trade and Arbitration Law*, 2013, p. 4 ss.

²⁸⁵ Sembra interessante specificare che il concetto di sicurezza energetica, proprio per la sua vaghezza, che non consente di inquadrarlo in unico quadro di regolamentazione, ha perso i connotati economico-ambientali precedentemente dominanti nella fase dei processi decisionali, per spostarsi alla competenza decisionale in materia di sicurezza nazionale, non senza evidenti rischi di politicizzazione.

²⁸⁶ Tramite, ad esempio, la l'istituzione di riserve nazionali di petrolio. Vedi in questo senso AUSTIN, cit. p. 15.

cooperativa non pare tuttora in grado di rispondere adeguatamente alle incertezze di sicurezza poste dal mercato globale dell'energia.

Le ragioni legate alla difficoltà di coadiuvare un consenso rispetto all'adozione di una politica comune, sono genericamente legate al divario tra Paesi esportatori e Paesi importatori netti di risorse energetiche. Se per gli ultimi il concetto di sicurezza energetica corrisponde alla stabilità dell'offerta, per i primi, al contrario, le esigenze sono legate a questioni di sicurezza nazionale. In linea di massima, si assiste, da parte di questi ultimi, ad "un'invocazione" di sovranità energetica, diretta ad ottenere immediato controllo sulla catena globale di produzione, trasporto e distribuzione. Il risultato è una sensibile riduzione di un accesso *aperto* alle risorse energetiche.

Ed in effetti, numerosi Paesi produttori di energia assegnano alle risorse ed alle infrastrutture di produzione un ruolo fondamentale nella gestione pubblica delle attività economiche svolte sul territorio, dimostrando una certa reticenza a sottoporre il mercato energetico alle regole del c.d. *Washington Consensus*, e, di conseguenza di sottoporre il commercio di "energia" alle norme WTO in materia di libero commercio, preferendogli il c.d. *Beijing consensus*²⁸⁷, consistente in una serie di principi socio-economici, che fanno del controllo statale sulle risorse energetiche, combinato con criteri di efficienza economica, il fulcro portante del nuovo modello.

Sembra, dunque interessante chiedersi se il diritto internazionale presenti dei meccanismi di cooperazione in grado di veicolare e garantire la sicurezza energetica nazionale ed internazionale²⁸⁸.

Sul punto va specificato *in primis* che il "diritto internazionale dell'energia"²⁸⁹ non si presenta come una disciplina uniforme ed autonoma. E' necessario, infatti, riferirsi alle norme di diversi settori (soggetti ai loro regimi ed ai loro meccanismi di interpretazione ed applicazione) per enucleare una regolamentazione che consenta all'interprete di individuare i diritti e i doveri degli Stati rispetto allo sfruttamento delle risorse energetiche.

²⁸⁷ Espressione coniata dall'economista statunitense Joshua Cooper Ramo nel 2004 in contrapposizione a "Washington Consensus" e che guarda al modello cinese come esempio di sviluppo alternativo.

²⁸⁸ Vedi sul punto estensivamente REDGWELL, BARTON, ROENNE, *Energy Security, Managing Risk in a Dynamic Legal and Regulatory Environment*, Oxford, 2004.

²⁸⁹ Sul punto, vedi REDGWELL, *International Energy Law*, Cambridge 2009; SCHILL, *The Interface between National and International Energy Law*, in *Research Handbook on International Energy Law*, Leiden, 2014, p. 56 ss.

E' evidente che lo sfruttamento energetico presenta un rilevante carattere transnazionale, sia rispetto all'accesso, ormai regolato dalle regole di mercato, che relativamente alle esternalità che esso produce sul clima e l'ambiente²⁹⁰.

La liberalizzazione del mercato energetico ha acuito la necessità di regolarne l'andamento tramite la cooperazione statale, per garantire pari distribuzione delle risorse energetiche, nel rispetto della componente dell'*uninterrupted availability* della sicurezza energetica.

Secondo un'interessante classificazione proposta in dottrina²⁹¹, sono diverse le modalità tramite le quali il diritto internazionale contribuisce a regolare gli aspetti transnazionali dell'energia. Accanto alla tipica funzione della valutazione normativa dei poteri sovrani dello Stato sul proprio territorio – che consente allo stesso di disporre delle proprie risorse naturali, regolando le attività economiche di sfruttamento (*jurisdictional function*)²⁹² – vi è anche una funzione “istituzionale”, relativa alla cornice cooperativa realizzata tramite strumenti pattizi, per la regolamentazione di progetti transnazionali²⁹³, l'istituzione di organizzazioni internazionali²⁹⁴ e gli obblighi di cooperazione. I regimi di tutela a livello di diritti umani e tutela dei popoli indigeni trovano poi, come avrà modo di vedersi, normale applicazione per i progetti di investimento energetico che possano comprimere la protezione accordata ai soggetti vulnerabili. Si è parlato in questo senso di un *diritto di accesso all'energia*.

La situazione si complica rispetto alla specifica regolamentazione degli scambi di prodotti energetici. Sembra utile rilevare che, in effetti, l' “energia” non è espressamente contemplata in seno agli accordi WTO. *Prima facie*, sembrerebbe dunque pacifico estendervi le norme riservate a qualsiasi altro prodotto²⁹⁵. Per sua propria natura, tuttavia, tale risorsa presenta una serie di difficoltà legate al suo inquadramento. *In primis*, a causa dell'assenza di una precisa definizione giuridica di

²⁹⁰ Vedi in questo senso l'interessante ricostruzione di SCHILL, cit., sull'interscambio fra normativa nazionale ed internazionale in materia di energia. L'autore, in particolare, mette in rilievo che l'origine dell'*interplay* deriva dall'evoluzione della struttura degli scambi in materia energetica. Con l'esclusione del petrolio, infatti, il paradigma classico era fondato sull'autarchia o autonomia energetica gestita dai monopoli di stato. Sul punto anche WAELDE, cit. p. 93.

²⁹¹ ID. p. 69.

²⁹² Si pensi in questo senso ai principi ispiratori della regolamentazione dell'ambiente marino secondo quanto previsto da UNICLOS.

²⁹³ Ci si riferisce, in particolare ai progetti di oleodotti.

²⁹⁴ Si pensi alla International Atomic Energy Agency

²⁹⁵ Sul punto, vedi FARAH, CIMA, *L'energia nel contesto degli Accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche di controllo dei prezzi*, in *Energia ed Organizzazione Mondiale del Commercio*, 2009, p. 345 ss.; CITELLI, BARASSI, BELYKH, *Renewable Energy in the International Arena: Legal Aspects and Cooperation* in *Gröningen Journal of International Law*, 2014, p. 2 ss

“energia”. In secondo luogo, non è infatti pacifico se essa vada considerata quale prodotto o servizio²⁹⁶. Tale ultimo aspetto non è di poco conto, considerate le differenze fra i due regimi previsti dal GATT e dal GATS²⁹⁷.

Tuttavia, il settore che più incide sulla regolamentazione dell’energia a livello di diritto internazionale è certamente la questione ambientale, ed in particolare la questione legata allo sviluppo sostenibile ed al cambiamento climatico, secondo i paradigmi finora mostrati.

Il mercato non è, infatti, sempre in grado di rispondere in maniera “sostenibile” all’impatto socio-ambientale generato dai modelli tradizionali di produzione energetica.

Il passaggio dal monopolio al libero commercio ha dato luogo ad una produzione piuttosto incontrollata. Tuttavia il cambiamento climatico e l’inquinamento atmosferico hanno messo ben in evidenza che l’intervento statale risulta imprescindibile, in particolare rispetto agli obblighi in materia di sviluppo sostenibile.

I modelli tradizionali di energia e consumo contribuiscono grandemente all’effetto serra. Il consumo di energia si traduce in un elemento insostituibile dello sviluppo sostenibile. Tuttavia, paradossalmente, le attuali caratteristiche dei processi produttivi ne rappresentano un ostacolo, considerata l’incidenza del rilascio di carbonio nell’atmosfera, concentrato maggiormente nelle centrali energetiche a carbone.

Secondo l’Agenzia Internazionale dell’Energia²⁹⁸, in particolare, nei Paesi sviluppati, la produzione ed il consumo energetici sono responsabili per l’80 % delle emissioni di carbonio.

Vi è dunque da chiedersi se esistano delle risorse alternative in grado di sostituire l’approvvigionamento energetico e mitigarne gli effetti sull’ambiente.

15. Il diritto internazionale non sembra essersi occupato in maniera consistente della questione di possibili alternative ai classici modelli di produzione energetica²⁹⁹. Nonostante lo sviluppo registratosi in alcune aree geografiche e per alcuni dei Paesi sviluppati, fra cui Stati Uniti e Unione Europea, a livello globale non sembra tuttora

²⁹⁶ L’Organo di Appello nel caso *Bananas* ha chiarito che più di un accordo può applicarsi allo scambio di prodotti energetici, sul punto FARAH, BIGDELI *Incentive schemes to promote renewables and the WTO law of subsidies* in COTTIER, NARTOVA, BIGDELI, *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, 2009, p. 177.

²⁹⁷ In particolare, l’Energy Charter Treaty estende ai rapporti di scambio che intercorrono fra i Paesi membri le norme previste dal GATT. Nessuna menzione è fatta, tuttavia, al GATS.

²⁹⁸ BRADBROOK, cit., p. 236

²⁹⁹ Sul punto est. BRADBROOK, CITELLI ET AL. cit., p. 6.

possibile riscontrare un serio impegno della comunità internazionale, al di là di generiche dichiarazioni di intenti, a favore delle energie rinnovabili.

Eppure, come fatto correttamente segnalare³⁰⁰, l'impatto della tradizionale produzione di energia incide notevolmente sul cambiamento climatico, senza restare tra i confini di un singolo Stato. Già nel 2001, la Commissione delle Nazioni Unite sullo Sviluppo sostenibile intravedeva nel ricorso alle opzioni di produzione energetica "*environmentally sound*" un utile sbocco della cooperazione internazionale in materia energetica³⁰¹. Allo stesso modo, il World Summit del 2002 sullo sviluppo sostenibile invitava gli Stati ad adottare misure concrete al fine di diversificare il mix energetico nazionale tramite un intenso apporto di energia rinnovabile³⁰². Tuttavia, alle sessioni successive³⁰³, la Commissione ONU doveva prendere atto dell'impossibilità di raggiungere un consenso rispetto all'adozione di specifici obiettivi da raggiungere nel consumo delle energie rinnovabili. E tutt'ora, non è facile individuare impegni precisi e vincolanti a carico degli Stati nell'utilizzo di tali risorse alternative.

Il problema risiede *in primis* nella difficoltà di far corrispondere la produzione e la distribuzione di tali energie rinnovabili ai requisiti di accessibilità previsti a vantaggio dei Paesi in via di sviluppo, per cui esse devono essere corrisposte in a «*reliable affordable and economically viable and socially and environmentally accepted manner in developing countries*»³⁰⁴. Inoltre, gli Stati mantengono il diritto sovrano di stabilire le componenti del mix energetico di cui si servono per i loro scopi di sviluppo, rappresentando i combustibili fossili e le energie rinnovabili un'opzione valida e conforme al paradigma dello sviluppo sostenibile, secondo le conclusioni raggiunte dall'Assemblea Generale³⁰⁵.

Il *soft law*, presenta, invece delle evoluzioni interessanti. In questo senso, può leggersi la Dichiarazione di Pechino sull'energia rinnovabile e lo sviluppo sostenibile, che insiste sulla necessità di invertire la proporzione del mix energetico nei Paesi in via di sviluppo, ai quali è riconosciuta l'esigenza di rendere tali risorse alternative

³⁰⁰ BRADBROOK, p. 241.

³⁰¹ «*Energy is central for achieving the goals of sustainable development (...)energy resources are plentiful, and environmentally sound technological options exist and should be made available by developing countries to developing countries pursuant to the 'common but differentiated responsibilities' principle*» CSD-9, Report of the 9th session, 5 Maggio 2000 disponibile online<[un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.17/2001/19%20\(SUPP\)&Lang=E](http://un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.17/2001/19%20(SUPP)&Lang=E)> . E/CN.17/2001/19.

³⁰² Paragrafo 20 del *Johannesburg Plan of Implementation*, A/CONF/L/6/Rev.2

³⁰³ UN Doc. E/CN.17/2007/15

³⁰⁴ Questa formula può ritrovarsi negli *outcomes* del Summit di Rio+20. Vedi sul punto est. CITELLI ET. AL., cit. p. 11.

³⁰⁵ A/RES/66/288, 11 Settembre 2012, par. 127.

accessibili. In particolare, gli Stati partecipanti all'ultima Conferenza sulle energie rinnovabili tenutasi ad Abu Dhabi, hanno accolto l'iniziativa del Segretariato Generale *Energy For All*³⁰⁶ sostenendo la decisione di designare il decennio 2014-2024 come l' *UN Decade of Sustainable Energy*.

A livello di diritto particolare, è possibile rinvenire dei meccanismi, implementati nell'ambito degli strumenti pattizi in materia di cambiamento climatico ed introdotti nel tentativo di espandere il consumo delle energie rinnovabili, al fine di mitigare gli effetti del cambiamento climatico. In virtù della mancata rinnovazione del *Clean Development Mechanism* del Protocollo di Kyoto, il *Green Climate Fund* è stato individuato come catalizzatore per l'avanzamento dell'energia rinnovabile³⁰⁷.

A livello regionale, simili previsioni sono invece rinvenibili, ad esempio nel contesto euroasiatico con il Trattato sulla Carta dell'Energia del 1994 che all'art. 19 impone agli Stati di mitigare il degrado ambientale nel perseguimento dello sviluppo sostenibile, tramite, tra gli altri, l'utilizzo di energie rinnovabili, prescrizione ulteriormente specificata nel Protocollo ad essa annesso.

Non pare comunque sia possibile rinvenire a livello di diritto internazionale generale alcun obbligo prescrittivo di fare uso di tali risorse, se non in forma di generici obblighi di cooperazione e assistenza. Anche quando essi siano previsti a livello particolare, presentano una serie di condizioni di applicabilità che ne riducono, comunque, la potenzialità applicativa. Vedi ad esempio la Convenzione delle Nazioni Unite sul Cambiamento Climatico ed il Protocollo di Kyoto, che pur obbligando gli Stati a chiari obiettivi di riduzione delle emissioni di carbonio, impongono agli Stati di introdurre le esigenze di mitigazione del cambiamento climatico nell'adozione di misure di natura ambientale, sociale ed economica *to the extent feasible*, o, ancora, all'Annesso I, le misure devono essere adottate in "*accordance with national circumstances*".

Più incisivi sono invece gli obblighi negativi che derivano agli Stati nel caso in cui desiderino implementare l'utilizzo delle energie rinnovabili. In particolare, viene in evidenza la questione della compatibilità dell'espansione del settore dell'energie rinnovabili con le norme previste in materia di commercio internazionale, considerata *in primis*, la difficoltà sopra citata di identificare esattamente cosa si intenda per energia alla luce degli Accordi WTO, ed *in secundis* rispetto alla compatibilità del regime delle

³⁰⁶ ADIREC Declaration, parr. 6, 7 A/RES/67/234, 20 Marzo 2013 su "Promotion of new and renewable sources of energy".

³⁰⁷ Sul punto estens. CITELLI, cit. p. 6

sovvenzioni con la diffusa pratica di sussidiare la produzione di energia rinnovabile, su cui si tornerà più avanti nella trattazione³⁰⁸. Il generico riferimento allo sviluppo sostenibile nel preambolo del GATT non basta, infatti, come tale a giustificare un'eccezione al generale divieto di sovvenzionamento imposto dalla cornice normativa OMC.

Allo stesso modo, l'approvazione di progetti di produzione di energia rinnovabile può venire in contrasto con interessi detenuti da singoli individui o gruppi, rispetto a diritti di natura prettamente sostanziale³⁰⁹ o procedurale³¹⁰, che pongono non poche tensioni.

In proposito, sembra utile specificare che nonostante ca. 2 milioni di persone siano prive di basilico accesso ai servizi energetici, con evidenti ricadute sul piano ambientale, non pare ancora possibile allo stato dell'arte ammettere l'esistenza di un diritto d'accesso ai moderni servizi energetici³¹¹. In tal senso fa propendere anche l'ultima Conferenza in materia di ambiente, il Summit Rio +20, durante il quale non è stato possibile coadiuvare un consenso rispetto all'affermazione piena di tale norma. E' stato, infatti, genericamente riconosciuto un legame fra l'accesso all'energia e lo sviluppo umano ed ambientale.

In virtù di tale ambigua considerazione, gli Stati si sono genericamente impegnati a facilitare l'accesso energetico ai due milioni di soggetti che ne sono privi. In questo senso, le energie rinnovabili potrebbero svolgere un importante ruolo considerato il carattere decentrato e localizzato di tali risorse rispetto alle tradizionali fonti energetiche.

Va tuttavia sottolineato che, come si avrà modo di vedere, il ricorso alle energie rinnovabili non rappresenta sempre l'*optimum*, né in termini di sostenibilità ambientale, né sociale. In particolare, andrebbe rivisitato caso per caso il rapporto causale – che va spesso dato per scontato – intercorrente tra il cambiamento climatico e le fonti tradizionali di energia, che non sempre è automatico, né tantomeno esclusivamente negativo in termini di efficienza³¹².

³⁰⁸ Vedi in particolare sez. I cap. III del presente lavoro. Sul punto estensivamente

³⁰⁹ *European Court of Human Rights, Fägerskiöld v. Sweden, Decision as to the admissibility of appl. No. 37664/04, 26 February 2008, Application No. 37664/04*

³¹⁰ *Aarhus MOP, October 2012, Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2010/54 concerning compliance by the European Union, ECE/MP/PP/C.1/2012/12.*

³¹¹ Così BRADBROOK, cit. p. 293; BRADBROOK, GARDAM, CORMIER, *A Human Dimension to the Energy Debate: Access to Modern Energy Services in Journal of Energy Natural Resources*, 2008, p. 26

³¹² Vedi sul punto, FERREL, *Climate Change and Energy Security*, Cambridge 2004.

Inoltre, l'impatto ambientale di alcune di tali energie rinnovabili non è meno preoccupante delle fonti tradizionali. Si pensi all'impatto sulla fauna e sull'ambiente marino dell'installazione di pale eoliche o, ancora, all'effetto, anch'esso allarmante, della produzione di biocombustibili, sia in termini di emissioni che di sostenibilità.

16. Le esigenze di conservazione e sostenibilità ambientale sono enucleate, a livello di diritto internazionale pattizio, nella Convenzione sulla Diversità Biologica. Al contrario di altri strumenti esistenti in materia, la Convenzione si prefigge il generale obiettivo di conservazione delle risorse naturali, dell'utilizzo sostenibile e del *benefit sharing* che deriva dallo sfruttamento delle medesime, non limitandolo ad alcun ecosistema specifico³¹³.

Sebbene la Convenzione abbia sostituito il "patrimonio comune dell'umanità"³¹⁴ quale esclusivo criterio ispiratore – richiamato precedentemente dalla FAO in tema di biodiversità – per ritornare al tradizionale concetto di sovranità permanente sulle risorse naturali, le previsioni pattizie continuano a mantenere un equilibrio fra la primazia dei poteri sovrani e il "*fair and equitable sharing arising out of the utilization of genetic resources*", dimostrando un interesse dell'intera comunità internazionale alla conservazione delle risorse.

Il delicato equilibrio della Convenzione si riverbera nell'identificazione delle risorse naturali ai fini applicativi; queste vengono definite all'art. 2 rispetto 1) all'utilizzo potenziale (compreso, evidentemente lo sfruttamento) o 2) al valore che presentano per l'umanità. Risulta, quindi, evidente che gli obiettivi di conservazione sono intimamente correlati a quelli economici. La *ratio* della Convenzione ben si inserisce, quindi, nel discorso più sopra svolto in materia di sviluppo sostenibile. E' anzi proprio l'art. 6 a prevedere uno specifico obbligo a carico degli Stati, che impone loro di identificare e monitorare la conservazione delle risorse ed in particolare di quelle che sembrano particolarmente minacciate o siano utili per perseguire lo *sviluppo sostenibile*³¹⁵.

³¹³ Sulla Convenzione YUSUF, *International Law and Sustainable Development: The Convention on Biological Diversity*, in *African Yearbook of International Law*, 1994, p. 34 ss.; RAYFUSE, *Biological Resources*, in BODANSKY ET AL., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007, p. 374 ss.

³¹⁴ FAO, *Undertaking on Plant Genetic Resources*, 1989.

³¹⁵ Allo stesso modo, il Preambolo fa salvo il principio di precauzione: «Notando altresì che laddove esista la minaccia di una riduzione rilevante o di una depauperazione della diversità biologica, l'assenza di esaurienti certezze scientifiche non dovrebbe essere invocata al fine di dilazionare misure volte ad evitare tale minaccia o a minimizzarne gli effetti(..)».

Particolarmente interessante rispetto alla Convenzione, pur nella cornice ispirata alla sovranità territoriale, è il ruolo che essa assegna ai popoli indigeni ed alle comunità locali, in particolare rispetto all'uso sostenibile che essi fanno delle risorse biologiche tramite il loro sapere tradizionale e le pratiche svolte su di esse. In particolare il preambolo³¹⁶ e l'art. 8(j) impongono agli Stati di «*subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices*».

Lasciando momentaneamente da parte l'aspetto relativo all'accesso ed al “*benefit sharing*”³¹⁷, è evidente che un ruolo fondamentale è assegnato agli usi e alle pratiche tradizionali di sfruttamento delle risorse biologiche rispetto alla conservazione e ad un utilizzo sostenibile delle medesime.

In particolare, di estrema rilevanza ai nostri fini è il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura³¹⁸, o Trattato internazionale sui semi, adottato in seno alla FAO. Il patto, in conformità di quanto previsto dalla Convenzione sulla biodiversità, si prefigge di regolare la conservazione, l'utilizzo sostenibile ed il *benefit sharing* delle risorse fitogenetiche, in quanto parte integrante del patrimonio agricolo comune³¹⁹. Sebbene anche in questo caso il regime sia sottoposto al principio di sovranità, l'art. 5 impone agli Stati di cooperare, fra gli altri per la conservazione *in situ* delle colture selvatiche per la produzione alimentare e di supportare le comunità locali e i popoli indigeni nei loro sforzi di conservazione. Esiste,

³¹⁶ CBD, Preambolo «*Recognizing the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components*».

³¹⁷ Particolarmente rilevanti sono i profili relativi all'*interstate benefit sharing*, che elabora un sistema di cooperazione statale per l'accesso alle risorse biologiche e l'*intrastate benefit sharing*, che si riferisce invece ad una condivisione *state-to community* rispetto all'accesso ed ai benefici economici derivanti dall'utilizzo di risorse biologiche sulle quali i popoli indigeni detengono diritti e sapere tradizionale. Rispetto alle difficoltà di implementazione di tale seconda dimensione, l'applicazione del Nagoya Protocol e l'impatto interpretativo degli strumenti tradizionali sui diritti dei popoli indigeni rispetto al contenuto apparentemente non pienamente prescrittivo dell'art. 8(j) della CBD, vedi MORGERA, *No Need to Reinvent the Wheel for a Human Rights-Based Approach to Tackling Climate Change: The Contribution of International Biodiversity Law*, in *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 2012, p. 15; CITTADINO, *Applying a UNDRIP Lens to the CBD: A More Comprehensive Understanding of Benefit-Sharing*, in *Indigenous Policy Journal*, 2014, p. 2 ss.

³¹⁸ Il Trattato è stato adottato a Roma il 3 novembre 2001 e annovera 116 Stati parte.

³¹⁹ Così il Preambolo al quarto considerando.

ai sensi del trattato, un obbligo per gli Stati di sviluppare ed implementare discipline adeguate a tali scopi, tramite, fra gli altri, politiche agricole che si ispirino all'agrobiodiversità e la promozione delle colture tradizionali³²⁰.

Da ultimo, un elemento di novità, per lo meno in ambito di diritto internazionale pienamente vincolante, è il ruolo riservato ai *farmers*³²¹, ai quali vengono riconosciuti una serie di diritti. Fra questi può annoverarsi il diritto di partecipazione nei processi decisionali relativi alla conservazione ed all'uso sostenibile delle risorse fitogenetiche. Pare utile aggiungere, infine, che anche nel caso di specie è facile imbattersi in espressioni quali "*where appropriate*", che accompagnano gli obblighi degli Stati, ammorbidendo la portata prescrittiva delle previsioni contenute nel trattato.

Inquadrato, seppur sinteticamente, l'ambito normativo relativo alla tutela delle risorse biologiche, può effettuarsi qualche breve considerazione in merito all'utilizzo dei biocombustibili, che ampia diffusione stanno ricevendo nel presente momento storico e sui quali si ritornerà *infra*³²².

L'Unione Europea³²³, in particolare, ha adottato due direttive considerate il maggiore fattore politico di incoraggiamento alla produzione ed allo scambio dei *biofuels*: la Direttiva 2003/30/CE sui Biocarburanti e la Direttiva 2009/28/CE sulle energie rinnovabili (è stato tuttavia proposto un emendamento per la riduzione dello *share* di energia rinnovabile composto dai biocarburanti dal 10% al 5%).

La produzione di biocombustibile rischia di arrecare seri danni ambientali, in particolare in termini di deforestazione ed uso dei pesticidi.

I *biofuel* sono, fralaltro, generalmente prodotti in monoculture; tale circostanza rende concreto un serio pericolo di perdita in termini di biodiversità delle risorse presenti nella zona prescelta. Allo stesso modo, il ricorso ai biocombustibile sembra porsi in contrasto

³²⁰ V'è, tuttavia, da specificare che il trattato, al momento, si applica esclusivamente alle 64 specie identificate dal negoziato. La soia, la canna da zucchero, l'olio di palma e le arachidi, sono tra le più importanti colture mancanti dalla lista dell'accordo multilaterale. Tale circostanza non sorprende, considerato che si tratta delle colture generalmente utilizzate per la produzione di biocombustibili. Esse sono dunque sottratte al regime previsto dal trattato.

³²¹ Articolo 9 – Diritti degli agricoltori: 9.1 «Le Parti contraenti riconoscono l'enorme contributo che le comunità locali e autoctone e gli agricoltori di tutte le regioni del mondo, in particolare quelli dei centri di origine e di diversità delle piante coltivate, hanno apportato e continueranno ad apportare alla conservazione e alla valorizzazione delle risorse fitogenetiche che costituiscono la base della produzione alimentare e agricola nel mondo intero», Sul punto vedi estensivamente FOOTER, *Our agricultural heritage: sustainability, common heritage and intergenerational equity*, in SCHRUIVER, WEISS (eds.) *International law and sustainable development: principles and practice*, Leiden, 2004, p. 186 ss.

³²² Sul punto vedi in particolare MEIER, *Bioenergy, Neither Golden Solution, Nor Prescription for Disaster*, in *Climate Change and Energy Insecurity*, cit. p. 35 ss.

³²³ Anche gli Stati Uniti e il Brasile incoraggiano la produzione di biocarburanti tramite generosi sussidi statali.

con i criteri di sostenibilità della produzione (intensiva), a discapito delle coltivazioni dei piccoli agricoltori e delle comunità localmente stanziate, cui ampia tutela sembrava accordata nella lettera delle Convenzioni sopra citate. Sul punto si avrà modo di elaborare oltre³²⁴.

17. Le considerazioni appena svolte sulle declinazioni normative del principio di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali vanno ora accostate al fenomeno oggetto di specifica analisi di questa tesi: il c.d. *land grabbing* (letteralmente, accaparramento delle terre). Questa nuova pratica, emersa nell'ultimo decennio nel panorama delle relazioni internazionali, rischia di minare il legittimo esercizio della sovranità permanente di alcuni Stati, rispetto alle dimensioni del principio sinora articolate.

Con l'espressione *land grabbing* si intende il fenomeno dell'acquisizione di terre su larga scala, da parte di investitori stranieri, diretto, in prevalenza, alla produzione di materie prime necessarie al fabbisogno alimentare ed energetico.

Si tratta di una produzione orientata essenzialmente all'esportazione, realizzata, come detto, su vasti appezzamenti di terreno. I Paesi in via di sviluppo, attratti dagli investimenti stranieri e spinti dalla necessità di liquidità ed infrastrutture, hanno posto in essere una politica favorevole agli Investimenti Diretti Esteri (di seguito IDE)³²⁵ diretti

³²⁴ Vedi, in particolare, cap. II del presente lavoro. V. anche WEST, *Food Security, Biofuels and Corporate Sustainability*, Boston, 2011.

³²⁵ Attesa la difficoltà di definire in maniera unitaria il concetto d'investimento diretto estero (di seguito IDE), la nozione che si accoglie in questo lavoro è quella di IDE volti all'acquisizione di partecipazioni nel capitale sociale di società estere o alla costituzione di una filiale nel Paese di destinazione, che comportino un certo grado di coinvolgimento dell'investitore nella direzione e nella gestione dell'impresa partecipata o costituita. Può, inoltre, essere effettuata una distinzione fra gli IDE di tipo verticale (delocalizzazione di stadi della produzione a monte e a valle della propria fase produttiva), e quelli di tipo orizzontale (delocalizzazione di una stessa fase dell'attività produttiva). Sul punto vedi, tra gli altri, MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989, p. 27 e ss.; MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, p. 567 ss.; SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on investment protection*, in *Recueil des Cours*, 1997, vol. 269, p. 251 ss.; ESCHER, *Current Development, Legal Challenges and Definitions of FDI*, in ESCHER, BRADLOW (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, The Hague, 1999, p. 24 ss.; LOWENFELD, *Investment Agreements and International Law*, Oxford, 2008, p. 465 ss.; GAILLARD, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, p. 403 ss.; SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2010, p. 8 ss.; CARREAU, JULLIARD, *Droit international économique*, IV ed., Paris, 2010, p. 417 ss.; GALGANO, MARRELLA, *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale*, Padova, 2010, p. 813 ss.; DE SANTIS, *Investimenti Diretti Esteri*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012.

al c.d. accaparramento delle terre, consentendone l'acquisto o l'affitto per corrispettivi e canoni piuttosto esigui³²⁶.

Il fenomeno presenta, nei termini che più ci interessano, una marcata connotazione pubblicistica data dal coinvolgimento, diretto o indiretto, degli Stati nelle transazioni³²⁷. L'agire economico degli Stati nel contesto della globalizzazione economico-finanziaria solleva una serie perplessità in merito alle istanze di sovranità dello Stato recipiente dell'investimento. La tendenza all'utilizzo della ricchezza pubblica per intervenire sul mercato di altri Stati e l'incidenza dell'operato delle imprese pubbliche nell'economia interna di un dato Paese di destinazione possono, infatti, determinare un rischio per l'integrità ed il potere sovrano di quest'ultimo, a causa della proiezione del potere statale (nella sua declinazione economica) di uno Stato sul territorio dell'altro³²⁸. In altri termini, il rischio è che lo Stato d'origine degli IDE in agricoltura, si trovi ad esercitare "sovranità" al di fuori del proprio limite territoriale³²⁹, al punto che alcuni commentatori hanno sollevato il rischio del profilarsi di un nuovo colonialismo³³⁰.

Tuttavia, vale la pena anticipare sin d'ora, che il rapporto economico-giuridico che si determina tramite l'operazione d'investimento si esplica in maniera assolutamente

³²⁶ Uno studio della Banca Mondiale segnala che l'interesse espresso da parte degli investitori esteri sull'acquisto o affitto della terra riguarda una superficie di circa. 56 milioni di ettari, di cui 29 milioni nell'Africa Sub-Sahariana, sul puntocfr. DEININGER, BYERLEE, *Rising Global Interest in Farmland: Can it Yield Sustainable and Equitable Benefits?*, World Bank, 2010. Sui dati relativi all'esportazione vedi UNCTAD, *World Investment Report 2009, Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, 2009. In riferimento ad un periodo di tempo più esteso, un'analisi della *Land Matrix Partnership* ha rilevato che sono stati 227 milioni gli ettari di terra assegnati agli investimenti tra il 2001 ed il 2010, LAND MATRIX PARTNERSHIP, *The Land Matrix, Beta Version: The online public database on land deals*, reperibile su <http://landportal.info/landmatrix>.

³²⁷ L'apertura delle barriere tradizionali e l'eterogeneità del mercato hanno consentito allo Stato di agire come soggetto economico e di introdursi a pieno titolo nel flusso degli scambi commerciali e d'investimento. I Paesi interessati ad acquistare la propria sicurezza alimentare si sono introdotti nel mercato delle terre tramite fondi d'investimento sovrani ed imprese pubbliche, nonché tramite un supporto economico-legislativo alle imprese private che avessero investito in tale campo. Sul punto estensivamente ROZANOV, *Who Holds the Wealth of Nations*, in *Central Banking Journal*, 2005, p. 52 ss.; BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State-Owned Enterprises and the Chinese Experience*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2010, p. 1 ss.; GAUKRODGER, *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*, OECD Working Papers on International Investment, 2010. Cfr.est. capp. II e V del presente lavoro.

³²⁸ Estensivamente ROZANOV, *Who Holds the Wealth of Nations* cit., p. 54.

³²⁹ Sul punto BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis* cit., p. 118 ss.

³³⁰ Il neocolonialismo, o nuovo colonialismo, riguarda qualsiasi forma di dominazione politica, economica o culturale nelle odierne relazioni internazionali che presenta degli elementi di similarità con il colonialismo. L'idea, non meno pericolosa, si riferisce tuttavia ad implicazioni di natura sociologica e politica più che giuridica. Sul punto BAKWERI, *The New Scramble For Africa*, Boston, 2008; KAEMMERER, *Colonialism*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, para 1 – 3. Nella stessa direzione vedi MALDONADO-TORRES, *On the Coloniality of Being, Contributions to the Development of a Concept*, in *Cultural Studies*, 2007, p. 240 ss., che teorizza il concetto di *colonialità*, quale retaggio, non più giuridico, ma politico ed economico dei rapporti di assoggettamento instaurati tramite la colonizzazione; LIBERTI, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Roma, 2011.

volontaria: nella fattispecie, emerge in maniera preponderante il ruolo degli Stati di destinazione degli investimenti³³¹. Le transazioni si svolgono infatti in maniera *formalmente* legittima e vengono veicolate dallo Stato recipiente³³²: non si ripete, evidentemente, il rapporto di assoggettamento tipico della relazione coloniale.

Prima facie, quindi, la conclusione di contratti d'investimento in campo agricolo non esplicherebbe altro che l'esercizio della sovranità permanente sulle risorse naturali da parte dello Stato di destinazione, che detiene il pieno diritto di regolarne lo sfruttamento.

Simili investimenti presentano, tuttavia, un alto potenziale di rischio³³³, in particolare sotto il profilo dell'impatto ambientale che essi sono in grado di esplicare e del pieno godimento di certi diritti umani in capo alle popolazioni locali del Paese Ospite, legati in maniera specifica all'approvvigionamento alimentare ed all'accesso alla terra. È possibile, infatti, che sulle terre oggetto d'investimento insistano già coltivazioni o allevamenti di comunità rurali, che utilizzano la terra in virtù di consuetudini o diritti d'uso, ai quali è solitamente collegato un minor livello di tutela rispetto ai titoli formali di proprietà, peraltro piuttosto rari. In alcune regioni del mondo, i soggetti titolari risultano quindi particolarmente vulnerabili, considerata la difficoltà di azionare i loro incerti diritti sulla terra e di ottenere, di conseguenza, un'adeguata protezione giurisdizionale.

Si pone, quindi, in maniera urgente, la questione della legittimità dell'esercizio della sovranità da parte del Paese di destinazione, quando l'alienazione di porzioni di territorio oggetto d'investimento, si espliciti in modalità tali da generare le esternalità negative brevemente accennate: l'esercizio della sovranità da parte dello Stato, come è stato possibile osservare, non può, infatti, prescindere da precisi obblighi che su di esso

³³¹ L'attività degli Stati di destinazione è piuttosto pervasiva in tutte le fasi dell'operazione d'investimento: lo Stato si adopera nella promozione dell'investimento estero, nell'individuazione delle terre "marginali" e "sottoproduttive" potenziali destinatarie, nell'appropriazione di esse tramite, ove necessario, la forza coercitiva, ed infine nel trasferimento della terra all'investitore. Come si vedrà in seguito, le terre su cui non insiste alcuna titolarità formale o attività produttiva "visibile", sono considerate demanio dello Stato, tramite un meccanismo di semplificazione dei rapporti sociali relativi alla terra, esclusivamente fondato su forme di registrazione e accatastamento più o meno trasparenti. Il fine, poi, è anche quello di favorire il processo di *State-building*, tramite l'affermazione della sovranità dello Stato su spazi prima considerati "neutri". Sul punto vedi PELUSO, LUND, *New Frontiers of Land Control: Introduction*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2011, p. 667 ss.; SASSEN *Land Grabs Today: Feeding the Disassembling of National Territory*, in *Globalizations*, 2013, p. 25 ss.; CRAMER, RICHARDS, *Violence and War in Agrarian Perspective*, in *Journal of Agrarian Change*, 2011, p. 277 ss.

³³² Cfr. MARGULIS, PORTER, *Governing the Global Land Grab: Multipolarity, Ideas and Complexity in Transnational Governance*, in *Globalizations*, 2013, p. 65 ss.

³³³ DE SCHUTTER, *The Emerging Human Right to Land*, in *International Community Law Review*, 2010, p. 304 ss.; ID, *The green rush: The global race for farmland and the rights of land users*, in *Harvard International Law Journal*, 2011, p. 505 ss.

gravano ai sensi del diritto internazionale, inerenti alla tutela dei diritti umani, da una parte, ed alla protezione dell'ambiente, dall'altra.

CAPITOLO SECONDO

La corsa alle terre: ricostruzione del fenomeno e fattori d'investimento

SEZIONE PRIMA. Inquadramento socio-economico del fenomeno. 1. Il *land grabbing* nel contesto della globalizzazione economica. – 2. La decolonizzazione e l'evoluzione delle politiche agricole nei Paesi in via di sviluppo. – 3. La globalizzazione della catena alimentare e le istanze di insicurezza alimentare. – 4. Il *green grabbing* e le istanze di insicurezza energetica. – 5. Prospettive di rendita finanziaria. **SEZIONE SECONDA.** Qualificazione giuridica della fattispecie. – 6. Limitazione del campo d'indagine, in particolare il modello “ad enclave”. – 7. Parti contrattuali del contratto d'investimento – 8. Terra inutilizzata o improduttiva: Status giuridico e vastità degli appezzamenti oggetto d'investimento – 9. Ricorrenti previsioni contrattuali nelle transazioni che regolano l'acquisizione delle terre in larga scala. – 10. Conclusioni Preliminari: *Land grabbing* e sovranità permanente sulle risorse naturali: le questioni aperte.

Sezione Prima

1. Il *land grabbing* può considerarsi vigorosa espressione della globalizzazione economica contemporanea; il progressivo venir meno delle barriere tradizionali alla circolazione dei beni e dei capitali, l'apertura dei mercati e lo stravolgimento dell'economia internazionale, hanno consentito al fenomeno di espandersi prepotentemente. Al di fuori dei tradizionali meccanismi di *authority*¹, un ruolo preponderante è svolto dai cosiddetti *non-state actors*, categoria evidentemente eterogenea; pur non potendosi considerare soggetti pieni di diritto internazionale, questi

¹ Il concetto di *authority* nella scienza delle relazioni internazionali è generalmente ricondotto all'esplicarsi del potere decisionale in merito ad una determinata attività ed è strettamente correlato al concetto di *governance*. Secondo la dottrina si starebbe verificando un repentino trasferimento di *authority* in materia di *land* dal classico detentore del potere decisionale, lo Stato, alle Organizzazioni Internazionali, da un lato, ed agli operatori privati, dall'altro; questi ultimi, in particolare, regolano le transazioni sulla terra conformemente a norme autonomamente poste quali codici di condotta, *benchmarking* e *standards* produttivi ed ambientali. Sul punto MARGULIS, MCKEON, BORRAS, *Land Grabbing and Global Governance: Critical Perspectives*, in *Globalizations*, 2013, p. 1 ss.

ultimi influenzano pesantemente i meccanismi decisionali e gli equilibri delle relazioni internazionali². La moltiplicazione delle assi di potere fra più centri d'interesse diversi dai tradizionali, ha determinato una rete interconnessa di rapporti, diretti o indiretti, che conferiscono al fenomeno estrema complessità. Nell'analisi che seguirà si tenterà quindi di disarticolare, per quanto possibile, la fattispecie ed analizzarne tutti gli elementi al fine di favorirne la comprensione ed individuare le possibili implicazioni del fenomeno.

Il fenomeno del *land grabbing* è strettamente legato alla commodificazione delle risorse naturali ed all'ascesa di quelle che vengono definite *flex crops and commodities*, come tali intendendosi le risorse caratterizzate dalla flessibilità delle destinazioni d'uso³. Non è, infatti, esclusivamente la produzione (o la coltivazione) di un prodotto specifico a caratterizzare l'investimento agricolo *per se*, quanto il fine ultimo cui esso è devoluto nel flusso di scambi commerciali; questo aspetto, particolarmente rilevante, se non adeguatamente considerato, impedisce a chi analizza il fenomeno di cogliere l'esatta portata del singolo investimento e le conseguenze che esso spiega sul mercato globale.

Molti hanno, infatti, rilevato, che non esiste un unico *land grabbing*, sia nelle forme realizzative dell'operazione d'investimento, che per gli usi cui è destinata la terra. Tale specifica connotazione mette in luce la difficoltà di regolare il fenomeno a livello globale: la produzione di cibo per l'alimentazione umana, ad esempio, è inquadrata in meccanismi economici e normativi diversi da quelli che regolano la produzione di biocarburanti o la coltivazione di alberi destinati al mercato dell'anidride carbonica. E' evidente dunque che il fenomeno interessa diversi settori e assottiglia i confini che li separano, determinando un groviglio in merito allo spazio politico deputato alla regolamentazione del fenomeno e rendendo assai impervia l'analisi separata di ogni singolo settore interessato.

Sebbene, come già accennato, numerosi autori accostino il *land grabbing* ad una nuova forma di colonialismo, è bene tracciare una serie di elementi distintivi che caratterizzano l'accaparramento delle terre, al fine di evitare una generalizzazione che potrebbe risultare svitante per un'analisi accurata del fenomeno.

² Sul punto estensivamente PICONE, *Comunità Internazionale ed Obblighi Erga Omnes*, Studi Critici di Diritto Internazionale, Napoli, 2006, p. 127 ss.

³ Un esempio tipico in tal senso è fornito dal grano, che può essere destinato all'alimentazione umana ed animale, o alla produzione di biocombustibili, sul punto estensivamente BORRAS, FRANCO, WANG *The challenge of global governance of land grabbing: Changing International Agricultural Context and Competing Political Views and Strategies*, in *Globalizations*, 2011, p. 161.

In primis, come detto, emerge in maniera preponderante il ruolo degli Stati di destinazione degli investimenti. Le transazioni sono infatti concluse dalle autorità nazionali o regionali concludono leciti accordi con gli investitori.

Il rapporto non si svolge più esclusivamente a livello infrastatale⁴, i nuovi investitori sulla scena⁵ includono attori finanziari privati, *private equity* e *pension funds*, attratti dalla prospettiva di una solida rendita finanziaria (la terra viene infatti considerata un *safe haven*), non interessati direttamente alla produzione agricola, quanto agli utili che la rivalutazione della terra o dei prodotti generano sul mercato globale.

Il quadro si infittisce ulteriormente facendo rientrare nel fenomeno del *land grabbing* anche il *water* ed il *green grabbing*, il primo riferito alla riallocazione delle risorse idriche presenti sul territorio acquisito a favore dell'investitore, e deviate, dunque, dal loro naturale sbocco; il secondo, invece, piegato alle logiche del *market environmentalism*, e, d'altro canto, conforme alle politiche ambientali imposte a livello internazionale e regionale; in quest'ultimo caso l'acquisizione delle terre è finalizzata alla coltura estensiva di alberi e particolari specie di piante allo scopo di ridurre le emissioni di gas serra, per ottenere crediti di carbonio, settore in repentina crescita ed oggetto di importanti speculazioni.

E' evidente, dunque, che il fenomeno non può essere ricondotto ad un unico settore e politico ed economico; in dottrina⁶, si è in tal proposito parlato di *control grabbing*; la corsa alle terre, non sarebbe, pertanto, finalizzata all'acquisto della terra *tout court* od ai suoi immediati frutti, quanto all'esercizio del controllo delle risorse che su essa insistono, per soddisfare esigenze di varia natura e, non da ultimo, per favorire il riversamento di capitali in settori del tutto eterogenei.

Ed è in questo senso che pare potersi parlare della trasformazione delle *commodities* come oggetto alle *commodities* come relazione (sociale, politica ed ecologica) che si instaura fra gli attori internazionali sui tre diversi livelli, locale, nazionale e globale⁷. Questi rapporti costituiscono e regolano quella che viene definita la *global commodity chain*, all'interno della quale si articolano tutte le attività e le pratiche che legano la

⁴ Sebbene, come si vedrà in seguito, la maggior parte dei contratti d'investimento sono conclusi sotto l'egida di accordi bilaterali d'investimento fra gli Stati di origine e quelli di destinazione.

⁵ Sul punto, *infra* par 5 Sezione I e par. 2 Sezione II presente capitolo.

⁶ PELUSO, LUND, *New frontiers*, cit., p. 670.

⁷ Sul punto MCMICHAEL, *A food regime genealogy. Journal of Peasant Studies*, 2009, p 139 ss.

produzione delle *commodities* al consumo finale, e dove operano le istituzioni e gli attori che strutturano questa catena ⁸.

Ciascun attore rivendica una quota di valore aggiunto ai vari stadi della sequenza, e la forza della sua rivendicazione corrisponde al potere ed al controllo che esso esercita sui vari livelli, determinando dei meccanismi di inclusione od esclusione dal controllo sulla terra e dal suo accesso; si genera in tal modo uno scollamento dell'attività propria di sfruttamento della terra dai meccanismi decisionali che ne regolano la destinazione, spesso dettati da soggetti distanti, i cui interessi non collimano con quelli locali, ma possono influenzarne (negativamente) le sorti.

Il controllo, nella maggior parte dei casi si realizza tramite la privatizzazione, finanzializzazione e l'accumulo delle terre; il *land grabbing* si snoda quindi su relazioni di potere interconnesso e multilivello che ruotano attorno ai concetti di appropriazione ed esclusione.

Identica sovrapposizione, rispetto a quella sopra individuata fra diversi settori economici, si rileva in sede di *governance*⁹, sono infatti numerose le istituzioni e le Organizzazioni Internazionali la cui attività collima nel processo di *decision – making* relativo al fenomeno del *land grabbing*.

Sebbene il ruolo dello Stato rimanga preponderante nelle operazioni d'investimento, un ruolo fondamentale è svolto dalle O.O.I.I.¹⁰, che hanno adottato una serie di linee guida non vincolanti in materia.

La Banca Mondiale, con FAO, IFAD ed UNCTAD, ha sviluppato sette principi per l'investimento responsabile nell'Agricoltura, che rispettano diritti, risorse e sostentamento delle popolazioni locali (*Principles for Responsible Agricultural Investment that respect Rights, Livelihood and Resources* - di seguito PRAI), destinati sia agli Stati che alle imprese private. Tali principi individuano una serie di condizioni da rispettare nelle operazioni d'investimento, per garantire che essi generino impatti sociali desiderabili, e che i rischi ivi connaturati ne risultino mitigati¹¹. La

⁸ COTULA, *The international political economy of the global land rush: A critical appraisal of trends, scale, geography and drivers*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 649 ss.

⁹ Per *governance* in questo contesto intendiamo indicare l'insieme dei principi, delle regole e delle procedure finalizzate alla regolamentazione di un fenomeno complesso, governato da diverse istituzioni formali e non formali. Sul punto COMBA, *Neoliberismo Internazionale e Global Economic Governance, Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹⁰ Sul ruolo svolto in generale dalle O.O.I.I. nel diritto internazionale dell'economia cfr. PICONE, *Comunità cit*, pp.168 ss.

¹¹ *Responsible Agricultural Investment (RAI) Principles*, pubblicati dalla Banca Mondiale, il 25 Gennaio 2010. Tali principi sono stati duramente criticati da più parti. Secondo gli Stati, le conclusioni cui le OO.II. sono giunte, sono state imposte dall'alto ed approntate tramite un processo non inclusivo; la

Commissione sulla Sicurezza Alimentare Mondiale (CFS), poi, ha adottato nel Maggio 2012 adottato le *Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security* (di seguito *Voluntary Guidelines*), frutto di un lungo processo di consultazione iniziato dalla FAO nel 2009.

Questi ultimi sono stati i primi due strumenti di *soft law* adottati in materia, e già ad una prima analisi riflettono la complessità di cui sopra, indicando per uno stesso fenomeno, una serie di norme e di principi completamente diversi, destinati i primi all'operazione d'investimento *per se* e le seconde al problema della *land tenure*. La Banca Mondiale ha in effetti ricevuto dal G8, l'incarico di coaudivare un regime internazionale in materia; seppure i PRAI siano di fatto destinati agli investitori, la fase redazionale di individuazione dei principi, atti ad informare l'intera serie di regole, si è concretizzata, infatti, in ambito istituzionale. L' intento è chiaro: incoraggiare gli investimenti in agricoltura per favorire una crescita economica ed implementare la strategia liberale di sviluppo globale, favorita dalle aperture del mercato e dagli IDE.

Le *Voluntary Guidelines*, sono state redatte in maniera significativamente più inclusiva, fondamentale è stata in proposito la partecipazione della società civile. L'iniziativa è stata fortemente supportata dal G20, che ha incoraggiato gli Stati ad adottare le linee guida, e che prevedono, inoltre, un meccanismo di implementazione e monitoraggio sconosciuto ai PRAI.

Seppur non vincolanti, le linee guida CFS presentano un'intensità normativa ben più stringente dei PRAI, esaltando la tutela delle *vulnerable e marginalized people*¹². Le *Voluntary Guidelines* sono fondate su una visione alternativa del rapporto fra l'economia, la terra e l'essere umano. Se l'approccio indiscusso dei PRAI è quello di integrare i piccoli contadini nei meccanismi della finanza e del mercato globale, le *Voluntary Guidelines* suffragano la produzione dei piccoli coltivatori e l'autonomia produttiva delle comunità locali.

Sotto gli auspici della *UN Committee on Food Security*, verrà avviato un ciclo di negoziazioni nell'immediato futuro, con la consultazione di tutti i portatori d'interesse

società civile, d'altro canto, denuncia l'effetto che una simile regolamentazione potrà avere; tali principi rappresenteranno, infatti, una sorta di *check-list* per legittimare gli investimenti in larga scala sulla terra ed incentivare un modello di sviluppo agricolo fondato su larghe piantagioni altamente meccanizzate, emarginando definitivamente i piccoli agricoltori.

¹² Sul punto, MARGULIS PORTER, *Governing*, cit. p. 70 ss.

pubblici e privati, per la redazione di una serie di principi più “estensivi” che dovranno ricondurre i PRAI al pieno rispetto delle *Voluntary Guidelines*¹³.

Di estrema rilevanza, infine, i *Minimum Human Rights Principles*¹⁴, presentati dal Relatore Speciale per il diritto al cibo, Olivier De Schutter, al Consiglio dei Diritti Umani, che chiariscono gli obblighi degli Stati relativamente al rispetto dei diritti umani coinvolti dagli investimenti in larga scala sulla terra, sia per i Paesi di destinazione, che per i Paesi d’origine dell’investimento. A differenza dei PRAI, che adottano un approccio volontaristico alle condizioni d’investimento, ed alle *Voluntary Guidelines*, che rimangono uno strumento non vincolante, i *Minimum Human Rights Principles* si fondano su obblighi esistenti, prendendo in considerazione i relativi meccanismi di implementazione.

D’altro canto gli strumenti internazionali che presentano profili di rilevanza per il *land grabbing* non possono essere ridotti ai PRAI ed alle *Voluntary Guidelines*: gli accordi in materia ambientale per la riduzione delle emissioni di diossido di carbonio, piuttosto che le norme OMC in materia di commercio internazionale, influenzano pesantemente le scelte degli attori coinvolti nel fenomeno, così come i codici di condotta e le strategie d’investimento che vengono autonomamente adottati dalle società che investono sulla terra. Altrettanto può dirsi delle norme interne al singolo Stato e di quei rapporti che si svolgono su un piano strettamente privatistico, a livello di transazione contrattuale.

La frammentazione di regimi risponde, d’altro canto, a diverse tendenze politico-economiche, che sono state sintetizzate dai commentatori in tre fondamentali direttrici teoriche e si conformano alle differenti nozioni di sviluppo adottate dagli attori internazionali coinvolti nella *governance* del fenomeno: 1) regolare il fenomeno per facilitare le transazioni sulla terra; 2) per mitigarne gli impatti negativi e massimizzare le opportunità; 3) per fermare e determinare un’inversione del *land grabbing*¹⁵.

La prima tendenza è fondata sul convincimento che gli investimenti sulla terra siano un’opzione di sviluppo auspicabile e che esista una vastità di terre inutilizzate che potrebbero essere sfruttate per rispondere alle esigenze dettate dalla crisi alimentare ed

¹³ E’ bene sottolineare, tuttavia, che i due strumenti di regolamentazione presentano, già allo stato attuale, dei punti di contatto : nelle *Voluntary Guidelines* è, infatti, presente un chiaro riferimento all’investimento responsabile ed alle acquisizioni sulla terra in larga scala.

¹⁴ DE SCHUTTER, *Large-scale land acquisitions and leases: A set of minimum principles and measures to address the human rights challenge*, Report dello Special Rapporteur per il diritto al cibo, UN doc. A/HRC/13/33/Add.2 , 22 Dicembre 2009.

¹⁵ In proposito, estensivamente BORRAS, FRANCO, WANG, *The Challenge* cit, p. 168 ss.

energetica. Il risultato positivo delle acquisizioni in larga scala sarebbe esclusivamente generato dal corretto funzionamento dei meccanismi di mercato e dall'implementazione di un quadro giuridico chiaro relativamente ai titoli ed ai diritti sulla terra.

In altri termini, assecondando la teoria neoliberale, se vengono rispettati gli standard sociali ed ambientali, tramite una più ampia consultazione locale, garantendo quindi l'efficienza istituzionale, l'accumulo di capitali attraverso l'operazione d'investimento non può che spiegare effetti positivi sul mercato a livello globale. Il ruolo dello Stato ospite si limiterebbe, secondo questo approccio, alla facilitazione ed individuazione delle terre da destinare agli investimenti, limitando i danni collaterali tramite l'implementazione di efficienti meccanismi di *good governance*. Una simile ricostruzione è riscontrabile nelle politiche di supporto agli investimenti sulla terra adottate dalla World Bank¹⁶.

La seconda corrente fonda, invece, le proprie basi teoriche sull'inevitabilità delle acquisizioni su larga scala e sulla necessità di agire per limitare le ripercussioni delle transazioni sui soggetti deboli. L'inevitabilità sarebbe storicamente determinata, fra l'altro, dal ruolo dello Stato recipiente, incurante dello sviluppo rurale e delle esigenze delle comunità locali. Il tentativo è quello di legare i piccoli agricoltori alle imprese transnazionali, tramite una rete di protezione sociale in materia lavorativa ed ambientale. Il ruolo dello Stato dovrebbe, in questo caso, essere più pregnante ed attivo nell'adozione di norme immediatamente eseguibili, per limitare i rischi derivanti dall'investimento e rendere effettivi gli obblighi delle imprese relativamente agli impegni assunti in materia di lavoro e ambiente.

¹⁶ WORLD BANK *World development report: agriculture for development*, 2008. http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2008/Resources/WDR_00_book.pdf; WORLD BANK. *Rising global interest in farmland: can it yield sustainable and equitable benefits?* 2010. http://siteresources.worldbank.org/INTARD/Resources/ESW_Sept7_final_final.pdf. La Banca Mondiale ha, in effetti, implementato tutta una serie di iniziative a favore dei piccoli agricoltori, tuttavia segnali estremamente contraddittori giungono dall'interno della stessa organizzazione: la BM ha, infatti, parallelamente adottato delle politiche a favore degli investimenti sulla terra in larga scala, assistendo i PVS nella creazione di un ambiente favorevole agli IDE, al fine di incoraggiare lo sviluppo ed il mercato rurale; fornendo assistenza tecnica e servizi consultivi per l'eliminazione delle inefficienze e delle barriere interne di natura amministrativa ed istituzionale; incoraggiando la creazione di Agenzie nazionali di promozione all'investimento e lo sviluppo di un ambiente giuridico certo. Il supporto agli attori privati è stato fornito dal braccio finanziario della BM, l'International Finance Corporation (IFC) e, sotto il profilo assicurativo, dalla Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Recentemente la MIGA ha fornito una "copertura assicurativa per rischio politico" per una serie di investimenti agricoli in Africa del Sud, compreso un investimento in Zambia di 20.000 ettari su terreno agricolo irrigato, <http://www.miga.org/news/index.cfm?aid=2637>. Sul punto estensivamente, WHITE, BORRAS, HALL, SCOONES, WOLFORD, *The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 619 ss.

Portatrici di simili considerazioni sono organizzazioni come l'IFAP o la FAO, ed ONG impegnate nell' *hic et nunc*, per individuare delle soluzioni utili nell'immediatezza dei rischi generati dalle operazioni d'investimento.

Secondo i sostenitori dell'ultima corrente, al contrario, gli investimenti sulla terra in larga scala non apporterebbero alcun risultato positivo, perché orientati esclusivamente all'accumulo di capitali e di utili derivanti dallo sfruttamento delle terre. Sarebbe, invece, configurabile un'alternativa sostenibile alla crescita del settore agricolo, tramite una strategia di sviluppo rurale, che esalti il ruolo dei piccoli agricoltori e dei fruitori locali della terra. L'attenzione è posta sull'impatto negativo ed irreversibile del *land grabbing* sulla sicurezza alimentare ed il cambiamento climatico, determinata dall'espropriazione delle terre alle comunità locali e dal loro trasferimento forzato dai luoghi legati alle loro tradizioni ed al loro approvvigionamento alimentare.

Può tracciarsi una differenza fondamentale fra le prime due tendenze e la terza: se i sostenitori delle prime invocano dei rimedi o degli aggiustamenti di natura procedurale alle operazioni d'investimento, l'ultima, invece, si propone di incidere sul fenomeno in maniera sostanziale, per alterare completamente il meccanismo delle acquisizioni in larga scala ed incoraggiare la produzione sostenibile dei piccoli agricoltori. Il rischio, infatti, è quello di conferire alle operazioni d'investimento una legittimazione a livello globale tramite semplici procedure di trasparenza ed informazione. Tuttavia questo profilo mette in ombra alcuni aspetti fondamentali in merito a chi redige le informazioni, chi le distribuisce e chi può accedervi; tali misure non tutelano, inoltre i soggetti privi di titoli formali sulla terra ed ignora l'asimmetria di potere contrattuale (nel caso ad esempio di transazione fra privati) fra il grosso investitore ed il piccolo coltivatore; altrettanto rilevanti risultano, per un verso, l'asimmetria conoscitiva nel caso in cui siano avviate le consultazioni con le comunità locali e, per altro, la mancanza di un qualsiasi effetto giuridico del dissenso che esse eventualmente dovessero esprimere relativamente al progetto d'investimento. Il risultato, in breve, sarebbe quello di legittimare sul piano globale questo tipo di operazioni, incrementando ulteriormente il potere di esclusione che i grossi investitori esercitano rispetto alla terra.

La trasparenza, in breve, non è garanzia di responsabilità¹⁷.

¹⁷ BORRAS, FRANCO, WANG, *The Challenge* cit., p. 175 ss.

Pare utile allora, ai fini della migliore comprensione del fenomeno, effettuare previamente un'analisi dei principali fattori d'investimento che incoraggiano le acquisizioni sulla terra in larga scala.

2. Negli anni immediatamente successivi alla decolonizzazione, le politiche agricole nei PVS sono state caratterizzate da un forte accentramento statale. I nuovi Stati indipendenti, prevalentemente interessati ad accelerare il processo di industrializzazione, avevano posto in essere vere e proprie politiche di sfruttamento del settore agricolo, con l'intento di ottenere prodotti alimentari a basso prezzo per la popolazione urbana – nel tentativo di evitare disordini sociali –, o da esportare per ottenere valuta estera.

Gli agricoltori erano generalmente raggruppati in cooperative, cui era imposta la produzione in termini di tipologia di coltivazione, quantità e prezzo di vendita. Gli Stati, d'altro canto, fornivano un sussidio minimo ai produttori, spesso al di sotto del valore reale del raccolto, determinando in tal modo un forte aumento della povertà ed un intenso flusso di migrazione urbana.

Intorno agli anni 80, le pressioni della comunità internazionale hanno spinto tali Paesi ad introdurre degli “aggiustamenti strutturali” che favorissero la liberalizzazione del mercato agricolo, eliminando le distorsioni generate dai sussidi e dalle misure di *import substitution*¹⁸. Secondo queste nuove politiche, i produttori agricoli avrebbero dovuto autonomamente percepire le necessità del mercato ed adattarsi ad esse. La maggior parte di questi, però, è risultata incapace di rispondere alle esigenze della concorrenza per svariate ragioni, tra cui la difficoltà di accedere al credito ed una forte assenza di supporto infrastrutturale da parte dello Stato¹⁹.

Con l'abbassamento delle tariffe d'importazione si è, poi, inevitabilmente verificata l'entrata dei prodotti alimentari dei Paesi OECD sul mercato locale, con i cui prezzi

¹⁸ Si tratta di un'azione di politica economica volta a sostituire i prodotti importati con la produzione locale (industriale) dei medesimi.

¹⁹ I “nuovi Stati”, nell'implementare le trasformazioni strutturali richieste dalla comunità internazionale, hanno conservato l'eredità coloniale, applicando ai rapporti giuridici tradizionali esistenti sulla terra le categorie normative proprie delle potenze coloniali, al fine, anche, di ottenere un certo livello di credibilità nei confronti dei Paesi sviluppati. Le riforme si sono rivelate, la maggior parte delle volte, un insuccesso. Si assisteva, e si assiste tuttora, infatti, ad uno scollamento fra le previsioni normative relative alla titolarità della terra e la prassi locale, che è rimasta ancorata alle tradizioni delle comunità rurali. Sul punto, ed in particolare sulle riforme agrarie di Kenia e Tanzania, cfr. BARUME, *Land rights of indigenous peoples in Africa : with special focus on Central, Eastern en Southern Africa*, IWGIA, 2010.

altamente sovvenzionati, i piccoli produttori locali si sono trovati direttamente a competere. Il risultato è stato un ulteriore aggravarsi della povertà rurale. I piccoli agricoltori sono divenuti lavoratori stagionali o permanenti nelle grandi piantagioni, o migranti verso le zone urbane.

Gli investimenti nell'agricoltura sia di natura pubblica che privata, d'altro canto, hanno mantenuto, almeno fino al 2006, un trend piuttosto ridotto. I prezzi minimi dei prodotti agricoli, avevano reso tale settore poco attrattivo. La produzione nei paesi OECD era in surplus ed i prodotti locali avevano difficoltà ad accedere al mercato globale, a causa delle barriere imposte al commercio.

3. La situazione sopra delineata comincia a modificarsi agli inizi degli anni duemila con l'avanzare della globalizzazione della catena alimentare²⁰. Le compagnie di prodotti

²⁰L'analisi dell'andamento della *governance* in materia di agricoltura è stata anche effettuata applicando il parametro del *food regime*. Il regime alimentare è un concetto che indica una serie di regole formali ed informali nell'articolazione della produzione, distribuzione e consumo del cibo. Secondo gli agroeconomisti è possibile distinguere il susseguirsi di una serie di regimi alimentari che si sono avvicendati nella storia moderna e contemporanea; la classificazione, in particolare, può essere operata prendendo a riferimento il centro decisionale che influisce primariamente sull'intera catena alimentare. Il primo regime si fa generalmente risalire al periodo coloniale, caratterizzato da un rapporto *core – periphery* fra le potenze coloniali e le terre occupate. Il flusso era, infatti, assolutamente univoco e destinato al trasferimento dei prodotti verso gli imperi coloniali, alle cui esigenze era orientata la produzione dei prodotti agricoli, con grave detrimento delle coltivazioni tradizionali delle comunità locali; anche gli scambi fra le colonie venivano infatti gestiti e regolati dai poteri centrali. Immediatamente dopo la seconda guerra mondiale si assesta prepotentemente l'egemonia degli Stati Uniti, contrassegnata da una produzione nazionale altamente meccanizzata e caratterizzata dall'utilizzo di prodotti chimici, il cui *surplus* era destinato ai paesi in via di sviluppo, spesso sotto forma di aiuti alimentari. Questo periodo risulta connotato da intensi investimenti sui metodi produttivi e di distribuzione; la questione degli investimenti diretti sulla terra restava, quindi, quasi esclusivamente impregiudicata. Lo sforzo degli Stati Uniti era quello di evitare l'ingresso della regolamentazione dell'agricoltura nelle trattative sul commercio internazionale, allo scopo di ricacciare gli spettri socialisti e le istanze di nazionalizzazione. Le politiche di supporto ai PVS per la riforma della *land tenure*, in seguito alla decolonizzazione, furono infatti interamente dedicate ad evitare rivoluzioni comuniste di sorta, e ad esportare un modello di proprietà occidentale, ispirato al neo-liberalismo. I primi sforzi per istituire una *governance* globale sulla terra presero vita alla fine degli anni '70 con la *World Conference on Agrarian Reform and Rural Development*, che rappresentò, tuttavia, un parziale insuccesso; il ritorno della questione sull'agenda internazionale si verificò grazie all'azione della Banca Mondiale, promotrice, per la seconda metà del ventesimo secolo, di una riforma agricola ispirata ai dettami del libero mercato, che promuoveva una progressiva esclusione della regolamentazione della questione agraria dalle politiche nazionali dei PVS, grazie anche all'imposizione di aggiustamenti strutturali neoliberali, già promossi dalla politica statunitense. Si discute oggi se sia possibile identificare un terzo regime nella trasformazione radicale coadiuvata dalla globalizzazione della catena alimentare. L'entrata di nuovi attori, istituzionali o meno, sulla scena economica e politica internazionale sta determinando un sovvertimento dell'ordine mondiale caratterizzato dall'egemonia di poche potenze. I BRICS, i *Middle and Income Countries* (MICs), ed alcuni Paesi dell'OECD (Sud Korea ad es.), avendo ormai raggiunto un'importante crescita economica, ambiscono a svolgere un ruolo nella ridefinizione delle norme e pratiche internazionali che regolano il regime dei prodotti alimentari e di quelli ad essi strettamente collegati, al fine di rimodernare l'architettura della globalizzazione economica. Questi Paesi risultano, peraltro, essere titolari di un'importante quota di produzione e distribuzione di tali prodotti, bilanciando nettamente il

alimentari hanno trovato negli IDE in agricoltura una valida garanzia di produzione a basso costo che risponde, da un lato, alle esigenze della domanda di mercato, e, dall'altro, rafforza i controlli sul fornitore. Se nella maggior parte dei casi le imprese si sono avvalse di contratti di produzione o del sistema di preferenza globale, l'acquisto o l'affitto diretto delle terre ha assunto un *trend* fortemente in crescita.

La crisi dei prezzi alimentari del 2007-2008 ha ulteriormente favorito questo corso. L'improvviso innalzamento degli indici²¹, ha destato le preoccupazioni dei Paesi importatori netti di prodotti agricoli in termini di sicurezza alimentare; l'adozione di politiche protezionistiche dei Paesi esportatori ha, infatti, determinato una seria crisi alimentare, in particolare per i Paesi meno sviluppati. Da parte loro, i Paesi importatori netti di prodotti alimentari, ma ricchi di capitale (i Paesi del Golfo in particolare), hanno posto in essere intensivi programmi di esternalizzazione della produzione agricola, per aggirare le incertezze del mercato alimentare globale e garantirsi una stabile provvista, "acquistando", di fatto, la loro sicurezza alimentare ed energetica. Le strategie d'investimento non sono, quindi, solo orientate ad ottenere vantaggi comparati per la produzione di larga scala di raccolto da destinare al mercato globale, quanto al reperimento di terra che garantisca il fabbisogno alimentare ed energetico interno.

La sicurezza alimentare rappresenta, in definitiva, la ragione principale degli investimenti *resource – seeking* in larga scala sulle terre, promossi dagli Stati. Dopo il picco del 2007-2008, i prezzi dei prodotti seppur in minima diminuzione, mantengono livelli di gran lunga superiori alla media rilevata nell'ultimo decennio. Non è chiaro, peraltro, se seguirà un periodo di stabilizzazione o, piuttosto, una nuova ondata di inflazione; sono, infatti, tuttora presenti dei fattori che potrebbero ulteriormente contribuire alla volatilità dei prezzi, fra questi, ad esempio, l'agire del cambiamento

consumo d'importazione. Le vecchie potenze cercano, d'altro canto, di mantenere il proprio controllo sulla catena di produzione e distribuzione alimentare. Si assiste dunque all'emergere di un *food regime* policentrico, i cui attori cercano di garantirsi un' influenza significativa tramite la produzione di cibo in terre distanti, in un clima caratterizzato dalla presenza di una scarsa interazione di elementi gerarchici (cosiddetto "*modello del networking*"). Fra i primi a sviluppare questo concetto FRIEDMANN, MCMICHAEL, *Agriculture and the State System: the rise and fall of national agricultures, 1870 to the present*, in *Sociologia Ruralis*, 1989, p. 93 ss. Sul punto, inoltre, RUGGIE, *International regimes, transactions, and change: Embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organizations*, 1982, p. 379 ss.; BORRAS, FRANCO WANG, *The challenge* cit., p. 163 ss.; estensivamente, MARGULIS, PORTER, *Governing the Global Land Grab* cit.

²¹ Il dibattito sui fattori che hanno generato l'innalzamento dei prezzi nel 2008 non si è ancora definito: gli economisti hanno individuato una serie di ragioni scatenanti, che spaziano dal cambiamento delle diete dei paesi emergenti, e dal conseguente aumento del consumo di carne, agli effetti del cambiamento climatico sui raccolti di cereali, sino al boom produttivo dei *biofuel*, causa fondamentale della diversione del grano statunitense per fini non-alimentari. Le restrizioni all'esportazione di determinati tipi di cereali, in seguito all'aumento dei prezzi, ha poi ulteriormente esasperato l'innalzamento sull'intera offerta globale.

climatico, i cui effetti hanno determinato un netto abbassamento in termini di produttività agricola in alcune aree del mondo, inficiando fortemente i raccolti.

Il prezzo del petrolio, inoltre, incide notevolmente sui prezzi dei prodotti alimentari, che dipendono in larga misura dai costi di trasporto e dei fertilizzanti al nitrogeno utilizzati nelle piantagioni. La produzione agricola destinata al fabbisogno alimentare, deve poi competere con la coltivazione di biocarburanti e mangimi, che distraggono la terra dalla sua originaria destinazione, a fini di consumo non-alimentare, inficiando la fornitura di cibo sul mercato.

Il cambiamento delle diete, la crescita demografica e la migrazione urbana rappresentano ulteriori fattori d'aumento per la domanda di cibo²². La dipendenza dall'importazione dei prodotti alimentari, rappresenta, quindi, al momento un rischio per numerosi Stati; nei paesi del Golfo, ad esempio, ha sollevato serie preoccupazioni in termini di disordini sociali. L'acquisto delle terre viene così considerato una possibile scelta strategica da parte di tali Stati. I Paesi ospite sono, infatti, ricchi di terra "inutilizzata" e di risorse idriche; l'acqua in particolare, è uno dei fattori fondamentali che può inserirsi nell'ambito più generale della sicurezza alimentare e che maggiormente incide nell'orientare le scelte degli investitori²³.

D'altro canto, il disinteresse degli Stati di destinazione per lo sviluppo rurale ha gettato le basi e contribuito all'affermarsi di questo modello di economia agraria. Le coltivazioni su larga scala sarebbero più convenienti nell'economia globale²⁴; il ruolo dei piccoli coltivatori sarebbe, dunque, nella migliore delle ipotesi, relegato ad un sistema di piantagioni satellite, legate ad un nucleo di *agribusiness* centrale, dal quale derivare know-how ed assistenza tecnica, o, altrimenti, assorbito dalla grande piantagione e destinato ad un proletariato contadino sottopagato²⁵. Sarebbe questo l'unico schema economico in grado di interagire sul mercato globale e garantire un adeguato livello di esportazione, coerente con un cambiamento agroeconomico

²² E' stato calcolato che per produrre 1 kg di carne bovina, sarebbero necessari 15 kg di cereali.

²³ Tuttavia, i fattori d'investimento variano, com'è naturale, in base al livello di industrializzazione ed ai settori di sviluppo prediletti; per alcuni Paesi, ad esempio, non sono esigenze di sicurezza alimentare o energetica ad incentivare gli investimenti diretti esteri sulla terra, quanto la dipendenza da prodotti agricoli non alimentari, fondamentali per la realizzazione di modelli industriali su produzione globale. Si tratta prevalentemente di prodotti quali ad esempio gomma e cotone. Un esempio in tal senso è fornito dalla Cina, che esternalizza prevalentemente la produzione della gomma.

²⁴ COLLIER, *Politics of hunger: How illusion and greed fan the food crisis*, in *Foreign Affairs*, November/December, 2008.

²⁵ Sul punto WHITE, BORRAS, HALL, SCOONES, WALDORF, *The new enclosure..cit.*, p. 633 e ss.

rispondente alla trasformazione capitalista²⁶. In altri termini, l'unica alternativa efficiente ed inclusiva, perché i piccoli agricoltori possano continuare ad operare sulle "loro" terre, sarebbe quella di legarli alle grandi compagnie di agribusiness tramite diversi schemi di *contract farming*; lo sviluppo, economicamente sostenibile, sarebbe esclusivamente garantito imponendo uno standard di trasparenza ed *accountability* alle transazioni stipulate tra le parti. Di fatto, però, i piccoli coltivatori finiscono con l'essere assorbiti dalle grandi piantagioni, incapaci di operare sul mercato globale²⁷.

4. *Across the world ecosystems are for sale*²⁸. Come accennato in precedenza, una particolare manifestazione del *land grabbing* è il cosiddetto *green grabbing*, ossia l'accaparramento delle terre per fini ambientali, che variano dalla piantagione intensiva di alberi per la riduzione delle emissioni di diossido di carbonio²⁹, alla coltura di biocarburanti per l'utilizzo di energie rinnovabili. La conservazione e la sostenibilità assumono le vesti di paradigmi economici fondamentali per la cosiddetta *green economy*.

Se in una fase storica immediatamente precedente a quella contemporanea, l'avanzamento indiscriminato del progresso industriale vedeva come antagoniste le istanze economiche rispetto a quelle ambientali, oggi si assiste ad un netto spostamento d'interessi da parte degli attori economici della globalizzazione alle esigenze della natura, che si inseriscono a piena voce nei dibattiti sullo sviluppo sostenibile ed il cambiamento climatico.

L'intento proclamato è quello di far collimare la crescita economica con la conservazione dell'ambiente: la commercializzazione della natura, non avrebbe dunque il fine meramente utilitaristico di accumulo di capitali, ma asservirebbe il solo scopo di preservare l'ambiente. Un'illuminante analisi in questo senso è fornita da alcuni

²⁶ ID., p. 626; SENDER, JOHNSTON, *Searching for a weapon of mass production in Africa: Unconvincing arguments for land reform*, in *Journal of Agrarian Change*, 2004, p. 142 ss.

²⁷ Quest'aspetto risulta fondamentale nell'ottica della recente teorizzazione della questione agraria del lavoro. Lo spossamento delle terre determina, infatti, un *surplus* lavorativo estremo, che non viene totalmente assorbito dalle grandi piantagioni, che, in quanto altamente meccanizzate, sono più *labour expelling* che *labour attracting*. In questo senso BERNSTEIN *Labour regimes and social change under colonialism*, in CROW, THORPE et al., eds. *Survival and change in the third world*, Cambridge, 1998. WHITE, BORRAS, HALL, SCOONES, WOLFORD, *The new enclosures: critical perspectives on corporate land deal* cit. p. 632 ss.

²⁸ Così FAIRHEAD, LEACH, SCOONES, *Green grabbing: a new appropriation of nature?*, in *The Journal of Peasant Studies* 2012, p. 237 ss..

commentatori che hanno ritenuto di poter osservare nel fenomeno la fioritura di un'economia della "riparazione"³⁰: se la terra veniva prima considerata solo per le risorse e gli utili che essa poteva produrre (*economia dello sfruttamento*), la tendenza contemporanea è quella di affiancare questo sfruttamento ad una logica di mercato che ripari i danni da esso stesso generati. In breve, se per un verso ci si dedica allo sfruttamento delle risorse naturali, per l'altro si riparano i danni da esso causati.

Entrambi i processi sono incastrati, tuttavia, in un quadro strettamente neoliberale, aperto al mercato globale e rispondente dunque alle regole della mondializzazione nella gestione delle risorse. La natura si trova, dunque, ad acquisire valore capitalistico sia per il suo sfruttamento che per la sua conservazione, rendendo estremamente attraente il mercato ambientale.

L'entrata della natura nei circuiti finanziari è pienamente favorita dalla produzione dei prodotti *indiretti*³¹ della terra e dalla loro flessibilità. La piantagione estensiva di alberi da legname può essere, ad esempio, trasformata in crediti di diossido di carbonio³², o, alternativamente, utilizzata per produrre biocarburanti, in base alle esigenze dettate dal mercato. I diversi elementi generati dagli ecosistemi sono suscettibili di valutazione economica, il che crea ampie opportunità di finanziализazione³³, determinando una vera e propria commercializzazione del diossido di carbonio e dei servizi ecosistemici.

Il mercato ambientale esternalizza, tuttavia, le medesime conseguenze negative generate dal funzionamento del mercato dei valori mobili in termini di asimmetrie ed ineguaglianze.

³⁰ Sul punto FAIRHEAD, LEACH, SCOONES, *Green grabbing: a new appropriation of nature?*, cit. p. 242 ss.

³¹ Si genera in tal modo un indiretto cambiamento d'uso della terra (*Indirect Land Use Change*). Per ILUC si intende la conversione della terra agricola dall'utilizzo a fini alimentari alla produzione di biodiesel.

³² Come si vedrà *infra*, gli operatori economici possono ottenere delle certificazioni che attestino una riduzione delle emissioni di gas serra, correlate all'attribuzione di crediti di anidride carbonica; queste rientrano nel calcolo relativo al raggiungimento dei *target* di riduzione emissioni imposti a livello regionale ed internazionale. Tali attestati sono suscettibili di essere scambiati, ed è proprio tale possibilità che ha generato il mercato dei crediti di carbonio.

³³ Per *finanziализazione* si intende il fenomeno per il quale il sistema finanziario è divenuto un generico centro di attività redistributive, assorbendo nella circolazione finanziaria aspetti della vita che si trovavano generalmente al di fuori di essa. Sul punto SULLIVAN, *Banking nature? The financialisation of environmental conservation*, in *Open Anthropology Cooperative Press, Working Papers Series*, n. 8, 2011: <http://openanthcoop.net/press/2011/03/11/banking-nature/>; BUSCHER, *Nature on the move: the emergence and circulation of fictitious conservation and liquid nature*. Paper presentato alla conferenza *NatureTM Inc? Questioning the Market Panacea in Environmental Policy and Conservation*, L'Aja, 2011.

I crediti di diossido di carbonio possono essere, infatti, acquisiti in maniera del tutto eterogenea e sono basati sul principio dell'equivalenza³⁴; è palese, quindi che l'investitore sceglierà di acquistarli nel luogo dove vengono prodotti, e dunque venduti, ad un costo minore, ponendo l'accento sia sui processi produttivi (l'accesso ad avanzate tecniche di produzione meccanizzata, ad esempio), che sul *know-how* del produttore, favorendo evidentemente le imprese di *agribusiness*, ai danni del piccolo coltivatore, che volesse accedere al mercato del carbonio.

Il *green grabbing*, inoltre, determina un impatto travolgente sulla ontologica relazione uomo - natura, tramite l'imposizione di un unico modello (quello strettamente economico) di regole secondo le quali disciplinare la gestione e l'accesso alle risorse, apportando una trasformazione che da parte di alcuni è stata ritenuta fortemente alienante³⁵.

Questo genere di acquisizioni sono favorite ed incoraggiate dalle politiche ambientali, sia a livello globale che a livello regionale, che impongono una serie di obiettivi sul breve e lungo periodo per la riduzione delle emissioni di gas serra³⁶ e lo sviluppo di nuove forme di energia rinnovabili, coadiuvate in particolare dall'OECD e

³⁴ La valutazione economica del carbonio (così come dei servizi ecosistemici) giustifica il principio di equivalenza, l'idea, cioè, che un tonnellata di CO₂ sia la stessa, in termini di valore, in qualsiasi luogo essa venga prodotta, ed è proprio tale principio a consentire il mercato di compensazione dell'anidride carbonica, sul punto, FAIRHEAD, LEACH, SCOONES, *Green grabbing: a new appropriation of nature?*, cit., p. 245 ss.

³⁵ ID, p. 258.

³⁶ Fra queste si inserisce il protocollo di Kyoto; il trattato prevede un sistema di mercato per lo scambio di quote di emissioni di gas serra, che consente ai privati ed agli Stati di scambiare crediti di CO₂ e di inserirli nel calcolo dei *target* di riduzione imposti dalla Convenzione. Tuttavia, sebbene il protocollo prevedesse un unico sistema globale di scambi, indicizzato ad un unico prezzo globale, la creazione di mercati nazionali e regionali di CO₂ ha impedito il mantenimento di tale uniformità. All'art. 12 del Protocollo, in particolare, è previsto il *Clean Development Mechanism*, che consente agli Stati sviluppati, Parte al trattato, di implementare progetti di riduzione emissioni nei PVS, tramite i quali i primi ottengono certificazioni di riduzione, suscettibili, anch'esse, di essere inserite nel calcolo per il raggiungimento degli obiettivi e scambiate sul mercato del carbonio. Il REDD, *Reducing Emissions from Deforestation and Degradation*, iniziativa internazionale adottata da numerose O.O.I.I., utilizza anch'essa strumenti finanziari e di mercato per incentivare la riduzione di emissioni di gas serra. Il programma viene presentato, anche in questo caso, come una sorta di schema compensativo del mercato del carbonio, che genera quindi crediti di CO₂. Questi schemi compensativi vengono realizzati tramite l'implementazione di progetti o programmi ambientali, atti a pareggiare l'inquinamento generato da dagli Stati maggiormente industrializzati e dalle imprese private. Ai soggetti che implementano tali programmi, vengono conferite certificazioni di credito di carbonio, utilizzate sia per rispettare i target imposti a livello regionale o internazionale, che per scambiarli sul mercato del carbonio. L'iniziativa REDD + estende, inoltre, il *Clean Development Mechanism* alla questione della deforestazione, inizialmente esclusa dal Protocollo (allo stato attuale l'implementazione del CDM è fondata su un meccanismo, ed un relativo sistema di scambi, esclusivamente volontario), con i rischi evidentemente legati allo spossamento delle terre destinarie dei progetti dei Paesi industrializzati ai danni delle popolazioni locali dei PVS.

dall'EU³⁷. Simili politiche legittimano inevitabilmente questi meccanismi, giustificando l'utilizzo della natura ai soli fini di profitto economico.

Perfettamente inserito nelle considerazioni di cui sopra, è il *boom* produttivo dei biocarburanti; tale mercato pare in piena ascesa: considerata la natura non - rinnovabile dei combustibili fossili, la produzione di biocarburante rimane, infatti, una delle alternative favorite negli investimenti di lungo periodo³⁸.

La produzione di *biofuel* è incoraggiata da diversi fattori: il primo, in particolare, atterrebbe ai pericoli derivanti dall'insicurezza energetica generata dalla fluttuazione dei prezzi del petrolio, che incidono evidentemente sui processi industriali e sui trasporti. L'aumento dei prezzi del carburante ha, infatti, rappresentato una forte spinta per la produzione di bioenergia, essenzialmente per due ordini di motivi: in primo luogo, è stato sostenuto che la produzione di *biofuels* sia economicamente più favorevole del processo di raffinamento dei combustibili fossili; tuttavia questa congettura non tiene conto dei sussidi e del supporto statale costantemente accordati all'industria dei biocarburanti, tanto da far ritenere, che le imprese produttrici non avrebbero altrimenti resistito sul mercato³⁹; l'imposizione di determinati target di consumo agli Stati ha, in effetti, creato una domanda stabile di biocarburanti, indipendentemente dal rendimento economico della loro produzione⁴⁰. La domanda di combustibili per il trasporto, tuttavia, supera significativamente i raccolti attuali destinati ai *biofuel*⁴¹.

Secondariamente, l'intento degli Stati è quello di ridurre la dipendenza dalle importazioni di petrolio dal Medio Oriente, nel tentativo di garantirsi l'autosufficienza energetica. Tuttavia, per realizzare una significativa sostituzione dei combustibili fossili con i *biofuel*, sarebbe necessario, allo stadio tecnologico attuale, distrarre parte della terra non coltivata e coltivabile dalla coltivazione a fini alimentari alla produzione di bioenergia, accrescere l'utilizzo di pesticidi e chimici, ed investire in terre estere tramite

³⁷ Gli Stati hanno l'obbligo, nel trasporre la direttiva, di adottare dei Piani di azione nazionali sulle energie rinnovabili.

³⁸ Tuttavia, pare utile sin d'ora sfatare il mito che la terra, ed il suolo in particolare, sia una risorsa rinnovabile. Al contrario dell'acqua, che è in grado di autodepurarsi, la terra ha bisogno di ca. 500 anni per riacquistare gli elementi nutritivi perduti.

³⁹ Nell'ultimo decennio sia gli Stati Uniti che l'Unione Europea hanno adottato una disciplina estremamente favorevole al settore, accordando un sistema di sussidi, tariffe ed incentivi fiscali, che incoraggiassero la produzione di *biofuels*. Nei paesi OECD, è stato stimato che il livello dei sussidi abbia raggiunto \$11 miliardi di dollari, così DAUVERGNE, NEVILLE, *The Changing North-South and South-South Political Economy of Biofuels*, in *Third World Quarterly* vol. 30, issue 6, pp. 1087-1102, 2009. Simili politiche sono state adottate da Australia, Cina, India, Indonesia, Malaysia, Filippine, Sud Korea, Taiwan e Thailandia.

⁴⁰ SATURNINO, BORRAS, *The politics of biofuel* cit.

⁴¹ KOJIMA, KLYTCHNIKOVA *Biofuels: Big potential for some ... but big risks too*, *Development Outreach*, *World Bank Institute*, 2008, p. 13 ss.

imprese private o pubbliche. E ciononostante, gli Stati si troverebbero comunque a dover importare una quota significativa di biocombustibili, aspetti questi che mettono in luce l'inservibilità, quanto meno relativa, dei biocarburanti alla causa della sicurezza energetica⁴².

Il secondo fattore, che favorisce la produzione di biocarburanti, è rappresentato dalle esigenze dettate dalla lotta al cambiamento climatico. La combustione del biodiesel non genera infatti emissioni di diossido di carbonio, e l'utilizzo di simili carburanti risulterebbe dunque coerente allo scopo. Tuttavia, è stato evidenziato che la neutralità del biodiesel verrebbe, in realtà, ad essere totalmente annullata dall'intero ciclo produttivo di questi prodotti, inclusi la trasformazione industriale ed il trasporto, rendendo i biocarburanti non meno inquinanti dei combustibili fossili⁴³, tanto da istillare il dubbio che essi non appartengano alla famiglia delle energie rinnovabili.

La terza ragione trainante per la produzione dei *biofuels* risiederebbe nell'impatto positivo che tale tipo di coltivazione potrebbe determinare a favore dello sviluppo rurale. La Banca Mondiale avrebbe incoraggiato in questo senso la produzione di bioenergia sia per l'esportazione che per il consumo locale, incitando non solo i classici flussi d'investimento *North-South* ma anche gli scambi triangolari e *South-South*⁴⁴, favorendo accordi commerciali relativi a prodotti agricoli da destinare alla bioenergia, anche fra i PVS.

Tuttavia, la crisi dei prezzi del cibo nel 2007 ha messo in luce la debolezza di questi fattori, manifestando tragicamente l'impatto negativo della diversione della terra prima destinata all'agricoltura, alla coltivazione di biocarburanti⁴⁵.

A tal proposito, è interessante rilevare come il dibattito sui biocarburanti si svolga interamente sul piano ambientale, nell'ottica della conservazione della biodiversità e dell'impatto che essi spiegano sul cambiamento climatico, ignorando il complesso dato

⁴² Un esempio in tal senso è fornito dalla Germania, che pur avendo adottato tutte le strategie richieste, ha raggiunto una quota di produzione di biocarburanti pari al 7,3 %; tuttavia, questa è stata sufficiente a garantire solo la metà del consumo interno totale di bioenergia, il resto è stato, infatti, importato dall'estero.

⁴³ Secondo DAUVERGNE, NEVILLE, *The Changing* cit, i loro effetti positivi deriverebbero, infatti, da una combinazione fra posizione geografica, raccolto, sussidi, pesticidi, fertilizzanti e tecnologie utilizzate nel processo produttivo. I biocarburanti sono, inoltre, coltivati in monoculture, produzione che determina un costante impoverimento della terra e dell'ambiente circostante, aspetto che minimizza ulteriormente il presunto effetto di mitigazione del cambiamento climatico favorito dai *biofuel*.

⁴⁴ I flussi commerciali coinvolgono sia attori statali che privati, anche in forme di partenariato pubblico-privato, così DAUVERGNE E NEVILLE, cit.

⁴⁵ Sebbene studiosi, produttori ed organizzazioni ambientaliste fossero inizialmente favorevoli al consumo dei *biofuels*, la crisi dei prezzi alimentari del 2007 e la mancata realizzazione delle previsioni in termini di produttività hanno generato una crescente ondata di critiche in riferimento ai biocarburanti.

sociale relativo, per un verso, alla questione del trattamento lavorativo (sia nelle grandi piantagioni che per gli *outgrower*), e, per l'altro, alla problematica degli spossamenti e la conseguente creazione di "enclavi agricole" determinate da questi investimenti. L'impatto di questo tipo di piantagioni sul tessuto sociale delle comunità locali si spiega, infatti, in maniera piuttosto invasiva, creando contrasti e frizioni; la comunità è infatti composta da soggetti diversi, appartenenti a diverse classi sociali (capi dei villaggi, piccoli allevatori, lavoratori di grandi piantagioni), i quali potrebbero essere portatori di interessi concorrenti in merito all'implementazione di tali colture; nell'impostare una qualsiasi politica che regoli la questione dei biocarburanti è, quindi, fondamentale tener conto dell'eterogeneità dei soggetti coinvolti, e delle tensioni sociali che potrebbero determinarsi⁴⁶.

Come già accennato in precedenza, inoltre, eventuali protezioni procedurali garantite da meccanismi di trasparenza e consultazione delle comunità locali, previsti all'implementazione dell'investimento, non sarebbero sufficienti; essi non fornirebbero, infatti, il potere negoziale necessario per eguagliare quello degli investitori. Tali soggetti rimarrebbero, quindi, incastrati in accordi a loro sfavorevoli, non avendo d'altro canto la forza contrattuale di emendarli; tali strumenti non garantirebbero, in altri termini, un percorso di sviluppo favorevole per le popolazioni locali.

Nel tentativo di arginare le critiche sulla insostenibilità ambientale, economica e sociale delle piantagioni di biocarburanti, sono stati ideati diversi schemi di certificazione, catalizzati da iniziative volontarie da parte di imprese transnazionali inserite nel settore⁴⁷. Questi imporrebbero, in particolare, il rispetto di determinati

⁴⁶ PYE, *The Biofuel Connection – Transnational Activism and the Palm Oil Boom*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2010, p. 851 ss.; FORTIN, *Multi-stakeholder initiatives to regulate biofuels: the Roundtable for Sustainable Biofuels*, Paper presentato alla *International Conference on Global Land Grabbing*, LDPI, 6-8 Aprile 2011. Pare utile già in questa sede fare riferimento alla estrema difficoltà nel definire una categoria omogenea per il concetto di *comunità locale*. L'eterogeneità della composizione sociale ad essa relativa, rende ancora più arduo il compito di individuare le esatte dinamiche ed il preciso impatto generato dal *land grabbing* cfr. cap. successivo. A tal proposito, pare interessante citare il caso della produzione di olio di palma in Indonesia. Da parte dei piccoli agricoltori indipendenti, sono state rilevate, ad esempio, reazioni contrastanti: se parte di essi ha accolto queste nuove colture come un'occasione di sviluppo, altri difendono duramente le loro terre e le loro foreste dall'inglobamento in coltivazioni su larga scala. I piccoli coltivatori di olio di palma, già inseriti nel sistema di produzione, lamentano, invece, la carenza di infrastrutture e la difficoltà di mantenere prezzi concorrenziali sul mercato. I lavoratori delle grandi piantagioni, d'altro canto, sono soggetti a condizioni lavorative e trattamenti economici non sostenibili. Come si vede, dunque, gli interessi coinvolti sono molteplici, e, se da un lato possono gettare le basi per una lotta comune, dall'altro possono esacerbare le frizioni sociali a livello locale.

⁴⁷ Fra le iniziative volontarie del settore privato la *Roundtable on Sustainable Palm Oil*, *Roundtable for Responsible Soy Production* and the *Better Sugarcane Initiative*, il *Netherlands Technical Agreement 8080 for sustainable biomass for energy production*, ed il *US Renewable Fuels Standard*.

standard ambientali, e predisporrebbero una specifica regolamentazione del processo produttivo. Tuttavia, questo genere di strumenti, che poggiano sulla debole efficacia normativa della *Corporate Social Responsibility* e delle misure volontarie adottate dai privati, non produrrebbe effetti positivi in termini di sostenibilità, considerato il quadro giuridico burocratico debole di molti degli Stati recipienti e la loro incapacità di implementare i meccanismi di controllo previsti dai contratti⁴⁸. Questo tipo di protocolli favorirebbero inoltre le aziende agricole meccanizzate di larga scala ed il loro controllo sui processi di produzione e distribuzione, influenzando negativamente sui piccoli coltivatori, che non raggiungerebbero gli standard richiesti dagli schemi di certificazione⁴⁹.

Ad esacerbare le critiche in merito a questo genere di meccanismi volontari, vi sarebbe anche l'inadeguatezza di tali certificazioni a regolare le questioni relative all'accesso alla terra da parte delle comunità rurali, occupandosi piuttosto di armonizzare esclusivamente gli standard ambientali ed aspetti a vocazione prettamente globale, che lasciano da parte le esigenze locali.⁵⁰

5. Attratti dalla possibilità che la terra coltivabile e l'acqua potabile potessero cominciare a scarseggiare, divenendo quindi un bene "raro", spinti dall'innalzamento dei prezzi nei prodotti agricoli e dall'aumento della domanda per i prodotti alimentari, anche gli investitori privati sono entrati a pié sospinto nel mercato delle terre⁵¹.

Inoltre, la commodificazione della terra ed il valore di mercato che essa ha assunto nella catena di valore globale⁵², ha attratto l'attenzione di numerosi investitori, interessati non tanto (o non solo) alla commercializzazione dei prodotti diretti o indiretti della terra, quanto alla mera speculazione finanziaria⁵³.

⁴⁸ SATURNINO, BORRAS, *The politics* cit. p. 581 e ss., FORTIN, *Multi-stakeholder initiatives* cit. p. 9 ss.

⁴⁹ SCARLAT, DALLEMAND, *Recent developments of biofuels/bioenergy sustainability certification: A global overview*, in *Energy Policy*, 2011, p. 1 ss., DAUVERGNE, NEVILLE, *Forests, food, and fuel in the tropics: the uneven social and ecological consequences of the emerging political economy of biofuels*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2010, p.631 ss., estensivamente FORTIN, cit.

⁵⁰ COTULA, VERMEULEN, *Land grab or development opportunity? Agricultural investment and international land deals in Africa*, London/Rome, IIED, FAO, 2009.

⁵¹ Estensivamente, COTULA, ult.op. cit.; KUGELMAN, LEVENSTEIN, cit.

⁵² Savills, un fornitore di servizi immobiliari ha recentemente redatto un *Global Farmland Index*, utilizzato per calcolare i prezzi globali della terra ed attirare eventuali investitori. L'*Index* mostra una crescita positiva del valore della terra su numerosi mercati tradizionali ed emergenti.

⁵³ A tal proposito particolarmente significativa è l'incidenza dei *futures* sulle derrate alimentari. Lo scollamento del valore mobiliare dei prodotti agricoli dall'effettivo valore reale del prodotto ha messo in campo una serie di rapporti finanziari virtuali di scommessa sulla borsa delle *commodities* di Chicago,

D'altro canto l'inattendibilità dei mercati finanziari e le limitate possibilità di guadagno nel mercato dei valori mobili, hanno reso l'opzione dell'acquisto delle terre estremamente conveniente in termini di gestione del rischio, quale scudo di protezione dagli sbalzi inflazionistici⁵⁴.

Le numerose e flessibili prospettive d'uso della terra, brevemente analizzate *supra*, hanno generato altissime aspettative in termini di ritorni di capitale, favoriti anche dai prezzi minimi di acquisto o affitto della terra in alcune zone del Sud del mondo. Se, infatti, gli investimenti sulla produzione agricola sono legati ai rischi connessi alla produttività, la terra garantisce per se una certa stabilità di ricavi⁵⁵. L'investitore può, infatti, semplicemente aspettare la rivalutazione del valore della terra oggetto d'investimento, senza necessariamente dovere implementare attività produttiva di alcun genere.

Gli utili dell'attività produttiva sarebbero, poi, favoriti dalla volatilità dei prezzi, che diversifica i rischi d'investimento, convogliandoli allo stadio della trasformazione industriale e della distribuzione, incrementando i ritorni dalla produzione⁵⁶.

A tal proposito, la dottrina ha cercato di distinguere fra investimenti puramente speculativi ed investimenti produttivi. I primi, in particolare sarebbero inadatti a generare i presunti benefici derivanti dagli investimenti in larga scala, orientati all'aumento immediato del valore d'investimento nel breve periodo, che allo sviluppo duraturo nello Stato recipiente.

che si sono rivelati inidonei a reagire allo shock esterno generato dalla crisi dei prezzi. Questo tipo di scambi ha, peraltro, determinato un assottigliamento significativo fra i trader del mercato finanziario ed i trader del mercato agricolo. Allo stato attuale è lo scambio dei titoli derivati a dare valore al bene sottostante, tant'è che si è persino ipotizzato che la volatilità dei prezzi alimentari possa essere artificiosamente indotta dai mercati mobiliari.

⁵⁴ Nel panorama d'investimenti sulla terra effettuati tramite fondi privati, la dottrina distingue fra due diversi tipi: il primo si realizza tramite l'acquisto della terra ed il successivo affitto di essa ad un operatore agricolo fisso; gli utili, in questo caso, derivano dalla rivalutazione del valore della terra e dal canone d'affitto e presentano un margine di rischio minimo; tale modello, non soggetto peraltro a volatilità, garantisce, in particolare, un immagazzinamento di valore in tempi di inflazione e recessione. Il secondo tipo d'investimenti consiste nell'acquisto di azioni di controllo in una società di *agribusiness*. Sebbene queste operazioni presentino un margine di rischio più elevato, consentono un controllo più diretto nella gestione della società ed utili più elevati. Tuttavia, esso è soggetto alla volatilità dei prezzi dei prodotti agricoli, che rappresentano la principale fonte di profitti. Sul punto DANIEL *Situating private equity capital in the land grab debate*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 703 ss.

⁵⁵ WILKES, BAILEY, *International farmland markets.*, 2011, su <http://www.aginvestconference.com/usa/savills.pdf>; COTULA, *The international political* cit., p. 662 ss.

⁵⁶ SELBY, *Institutional investment into agricultural activities: potential benefits and pitfalls*. Paper presentato alla conferenza *Land governance in support of the MDGs: responding to New Challenges*. Washington, DC, World Bank, 9-10 Marzo, 2009. L'incremento del rischio nella fase di lavorazione e distribuzione è dovuto primariamente al rallentamento dello sviluppo tecnologico nei processi industriali ed alla incalzante diminuzione delle risorse a disposizione.

Sezione Seconda

6. Individuati, in prima approssimazione, i fattori che spingono gli investitori all'acquisizione della terra in larga scala, è necessario qualificare il fenomeno e valutarne la rilevanza giuridica.

Gli IDE in agricoltura non rappresentano una novità nel panorama economico. Sebbene questo tipo di investimenti si differenzi notevolmente da quelli precedenti, che erano marcatamente *market – seeking*⁵⁷, parte della dottrina ritiene che gli investimenti in larga scala sulla terra s'inseriscano legittimamente nel processo di piena liberalizzazione dei mercati e, d'altro canto, favoriscano un'occasione di sviluppo per i Paesi ospiti.

In particolare, secondo la Banca Mondiale, questo tipo d'investimenti risponde, insieme all'adozione di altre misure di adeguato sostegno allo sviluppo rurale, alle esigenze dettate dalla crescita demografica, che imporrà entro il 2050 un aumento della produzione alimentare di circa il 70 %.

Secondo questo approccio, al fine di passare da un'agricoltura di sussistenza ad un'agricoltura competitiva sul commercio globale, i piccoli coltivatori necessitano di avere accesso al credito ed al mercato, di acquisire conoscenza, colmare l'asimmetria informativa ed adottare strategie efficaci di gestione del rischio, aspetti questi che potrebbero essere veicolati dalle imprese agricole di larga scala.

Benefici non indifferenti potrebbero, poi, derivare dall'afflusso di capitali che operazioni di questo tipo inevitabilmente richiedono e dal trasferimento di tecnologie, utili a determinare un incremento in termini di produttività e potenziamento della produzione interna. Effetti moltiplicativi potrebbero generarsi sul mercato interno del lavoro e sull'offerta di beni alimentari per il mercato interno e l'esportazione. Benefici materiali nel lungo percorso deriverebbero, poi, dalla realizzazione di infrastrutture sul territorio.

Gli IDE sulla terra in larga scala, determinerebbero, in definitiva, una situazione *win – win* per tutti i portatori d'interesse coinvolti dalle operazioni.

Altra parte della dottrina ha fatto rilevare che simili investimenti presentano un alto potenziale di rischio, perché in grado di generare una serie di ricadute negative, in

⁵⁷ Gli investimenti *market - seeking*, sono dettati prevalentemente dalla domanda alimenti trasformati nei PVS e dalla crescita esponenziale del settore dei supermercati.

particolar modo a carico delle popolazioni del Paese ospite, sia sotto il profilo dell'accesso alla terra, che in termini di approvvigionamento per la piena implementazione del diritto ad un'alimentazione adeguata.

Sebbene il fenomeno del *land grabbing* presenti determinati connotati sotto il profilo sociale ed economico, di fatto, ai sensi del diritto internazionale, la singola operazione d'investimento si configura come un contratto d'investimento in campo agricolo, concluso nella maggior parte dei casi sotto l'egida di accordi bilaterali d'investimento fra lo Stato d'origine e lo Stato di destinazione⁵⁸.

È necessario individuare, quindi, quelle particolari (e ricorrenti) caratteristiche di tali operazioni, che consentono di far parlare a pieno titolo di accaparramento o furto delle terre e ne connotano la fattispecie.

In seguito alle considerazioni di cui sopra, è evidente, tuttavia, che effettuare una *reductio ad unum* dell'intero fenomeno, risulterebbe fuorviante, oltrechè estremamente pretenzioso. Alla definizione del fenomeno concorrono una serie di elementi, tutti ispirati all'appropriazione delle risorse in capo a pochi soggetti, che presentano una particolare forza di mercato, e tendono ad escludere o regolare l'accesso ed utilizzo della terra e della risorse ad esse correlate ad altri soggetti già fruitori. Questo processo è ispirato dalla rivoluzione neoliberale della proprietà privata, considerata cardine fondamentale (ed evidentemente estendibile a tutti i modelli sociali) di una crescita economica efficiente; si compone essenzialmente di due elementi fondamentali: l'accumulo (di risorse o di capitale) in capo ad un unico o a pochi soggetti, e lo spossessamento, suo naturale contraltare.

L'ipotesi cui si assiste più frequentemente è quella dello Stato che trasferisce appezzamenti di terra su cui vanta dominio ad investitori privati, comprimendo (come si vedrà in seguito) i diritti d'uso dei precedenti fruitori o alternativamente espropriando i soggetti che dovessero vantare titoli registrati⁵⁹.

⁵⁸ I contratti d'investimento si inseriscono per la maggior parte dei casi in un quadro normativo già delineato da accordi bilaterali di investimento (BITs). Secondo uno studio dell' UNCTAD del 2008, nel 2006 gli accordi di investimento bilaterali sottoscritti dagli Stati africani erano 687, 193 nel 1995 *World Investment Directory 2008 – Volume X: Africa*, Geneva, United Nations Conference on Trade and Development, <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=9732&intItemID=2068&lang=1>. Sebbene il contenuto specifico di tali accordi possa variare, questi di solito contengono clausole uniformi rispetto agli obblighi di non discriminazione, tutela dall'espropriazione e clausole di arbitrato internazionale, quale mezzo di risoluzione delle controversie. I BITs possono contenere, poi, previsioni che risultano sfavorevoli agli Stati di destinazione, quali le clausole di stabilizzazione, come si vedrà successivamente nel presente lavoro.

⁵⁹ I Paesi che presentano un debito pubblico particolarmente elevato vengono spesso forzati dalle istituzioni finanziarie internazionali ad implementare politiche di liberalizzazione dei mercati e

Tuttavia il fenomeno può assumere diverse forme ed essere inquadrato in diversi schemi giuridico-contrattuali⁶⁰: il primo viene definito in dottrina modello *estrattivo*, la cui realizzazione si perfeziona tramite la sola estrazione delle risorse (come nel caso del settore minerario), e che risulta, evidentemente, insostenibile nel lungo periodo.

Il secondo è stato definito modello *ad enclave* e consta dell'acquisizione della terra e delle relative risorse, accompagnata dalla costruzione di infrastrutture necessarie ai processi di trasformazione industriale, ed eventualmente preceduto dallo spossessamento dei precedenti fruitori. Questo tipo di "enclavi agricole" risultano particolarmente indipendenti ed isolate dall'ambiente all'interno del quale si trovano inserite.

Il terzo è definito modello *coloniale*, e consiste nella introduzione *tout court* nel Paese di destinazione di operatori commerciali esteri di sorta; immediato retaggio storico è lo stanziamento di agricoltori provenienti dalle potenze coloniali sui territori quale parte della strategia d'occupazione.

Seguono poi due schemi contrattuali che non presentano quale requisito il trasferimento della terra: il primo, l'*outgrowing*, prevede l'incorporazione dei piccoli coltivatori nella *value chain* agricola, la cui attività è legata ad un'azienda madre (il nucleo) che fornisce le infrastrutture e gli strumenti per la lavorazione. L'ultimo modello, la *commercializzazione in situ*, sarebbe finalizzato all'incorporazione dei piccoli coltivatori nelle catene di valore commerciale sul mercato, in assenza del supporto un'azienda madre e di infrastrutture di sorta.

L'implementazione di ciascuno dei modelli spiega diversi effetti in termini di trasferimento forzato delle comunità localmente stanziate o di assorbimento lavorativo, ed un'implementazione infrastrutturale più o meno intensa. Ciascuna tipologia, in definitiva, plasma diversamente le relazioni socio-economiche fra le comunità locali e l'investitore, incidendo differentemente sull'accesso alla terra.

Appurata l'esistenza di diversi schemi contrattuali che potrebbero ricondurre al fenomeno del *land grabbing*, nello studio che segue limiteremo la nostra analisi all'ipotesi che riteniamo più rilevante in termini di incidenza: il contratto concluso fra lo

privatizzazione delle risorse pubbliche, come già verificatosi negli anni 80 per i PVS. Come osserva HARVEY, *Spaces of global capitalism: a theory of uneven geographical development*, Londra 2006; lunghi periodi di prestiti e indebitamento sono seguiti da una politica economica di spossessamento: come visto in precedenza, questa logica coinvolge anche la natura, che assume un valore economico fondamentale, *which not only can be, but must be sold*.

⁶⁰ Cfr. HALL, *Land grabbing in southern Africa: The many faces of the investor rush*, in *Review of African Political Economy*, 2011, p. 193 ss.

Stato di destinazione ed i terzi investitori, che realizza, secondo la classificazione sopra effettuata, un modello “ad enclave”.

Fra le caratteristiche ricorrenti di questo tipo di operazioni rileva, innanzitutto, la natura delle parti contrattuali⁶¹.

7. La categoria dei soggetti investitori è caratterizzata da una certa eterogeneità.

Sebbene il settore privato mantenga una posizione di rilievo, è il coinvolgimento degli Stati, esercitato attraverso diverse formulazioni ed a vario titolo, che ha recentemente destato sospetti di “neocolonialismo”⁶².

I Paesi interessati ad acquistare la propria sicurezza alimentare, si sono introdotti nel mercato delle terre tramite fondi d’investimento sovrani ed imprese pubbliche, nonché tramite un supporto economico-legislativo alle imprese private che avessero investito in tale campo⁶³.

Il coinvolgimento dei fondi d’investimento sovrani⁶⁴, sebbene limitato, è coerente con la recente tendenza di essi ad occuparsi non più, e non solo, di portafogli d’investimento, ma di investire direttamente in risorse estere.

Le modalità operative variano dalla partecipazione in *joint ventures* con compagnie private o imprese pubbliche, alla creazione di compagnie operative sussidiarie al fondo. I fondi sovrani rappresentano, per i paesi di destinazione, una sicura fonte di IDE, data la loro stabilità e tolleranza ai rischi ed il più ampio orizzonte temporale d’investimento che garantiscono. Esempi in tal senso sono forniti dai fondi di investimento di Qatar, Kuwait e Libia.

Più frequente è invece il coinvolgimento diretto di imprese pubbliche. Spesso queste sono dotate di un alto livello di *expertise* nel business agricolo e risultano significativamente coinvolte nella produzione di prodotti agricoli primari.

⁶¹ Sul punto, estensivamente, COTULA, VERMEULEN, LEONARD, KEELEY, *Land Grab or Development Opportunity? Agricultural Investment and International Land Deals in Africa*, London, Roma, 2009

⁶² Interessante, a tal proposito, il fenomeno dei “*land grabbed land grabbers*”, come il Brasile o l’Argentina, che pur implementando in Paesi esteri investimenti sulla terra in larga scala, risultano contemporaneamente fra i Paesi destinatari della corsa alle terre.

⁶³ La campagna più nota al momento è la “King Abdullah Initiative for Saudi Agricultural Investment Abroad”, che sostiene imprese private saudite in paesi con un alto potenziale di produzione agricola, allo scopo di promuovere la sicurezza alimentare interna ed internazionale.

⁶⁴ L’utilizzo da parte degli Stati di fondi d’investimento sovrani, sebbene celato da ragioni di sicurezza alimentare interna, è spesso sottomesso a ragioni di natura geopolitica.

Tuttavia non è sempre facile distinguere fra imprese (formalmente) private ed imprese pubbliche. Le prime potrebbero essere controllate da un'impresa pubblica, o potrebbero usufruire di stretti nessi formali ed informali con attori istituzionali, accedendo, in tal modo, ad una serie di vantaggi fiscali, o, ancora, godere di agevolate condizioni per la concessione del credito, o, infine, sfruttare i canali privilegiati per l'assegnazione dei contratti d'investimento esteri supportati dagli Stati d'origine.⁶⁵

Da alcuni studi⁶⁶ preponderante risulta il ruolo degli investitori locali, élites che acquistano appezzamenti relativamente significativi di terra per investire nel mercato energetico ed alimentare interno. L'ampiezza delle terre acquisite, se pure non particolarmente estesa, rimane rilevante rispetto allo standard del luogo d'investimento.

I privati detengono, tuttavia, il primato, in termini quantitativi, nelle acquisizioni della terra in larga scala. Si può, però, operare una distinzione fra investimenti sulla terra orientati alla produzione, generalmente operati da imprese transnazionali di *agribusiness*, ed investimenti puramente speculativi⁶⁷; nell'ultimo caso, agli attori preponderanti possono sicuramente ricondursi i fondi pensione⁶⁸ ed i *private equity*⁶⁹, caratterizzati da un connaturato livello minimo di trasparenza e divulgazione delle

⁶⁵ Sul punto cfr. COTULA, *The international political* cit., p. 657 ss. A tal proposito, si fa notare che la determinazione della nazionalità dell'impresa risulta, allo stato attuale, un compito piuttosto arduo. Le imprese potrebbero infatti servirsi di contratti di somministrazione o fornitura di servizi stipulati con soggetti terzi o utilizzare uno schema di *joint venture* con una impresa locale; ancora, la sede sociale potrebbe differire dal luogo destinato al *fund-raising*, i capitali infine potrebbero essere indotti da qualsiasi parte del mondo. Queste considerazioni risultano fondamentali alla luce della determinazione di possibili profili di responsabilità del Paese d'origine, sul punto vedi *infra*.

⁶⁶ HILHORST, NELEN, TRAORE, *Agrarian change below the radar screen: rising farmland acquisitions by domestic investors in West Africa – Results from a survey in Benin, Burkina Faso and Niger*. Paper presentato all' International Conference on Global Land Grabbing, Brighton, 6–8 April 2011. Disponibile su http://www.futureagricultures.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=1552&limit=10&limitstart=430&order=hits&dir=DESC&Itemid=4971.

⁶⁷ Vedi Sezione I.

⁶⁸ Particolarmente attivi sul campo, i fondi pensione delle Università statunitensi, sul punto OAKLAND INSTITUTE, *Understanding Land Investment Deals in Africa*, 2011, <http://www.oaklandinstitute.org/land-deals-africa>.

⁶⁹ Sul punto estensivamente DANIEL, *Situating*, cit. Il *private equity fund* si riferisce ad un processo d'investimento che coinvolge *limited partners* (il corrispettivo nel nostro ordinamento delle società in accomandita per azioni), che decidono di investire capitale in un fondo gestito da una società di *private equity*. I *partner* non hanno alcun potere di gestione sul fondo, ne condividono solo i profitti ed eventualmente le perdite derivanti dall'operazione. La società di *private equity* imposta un determinato target di capitale e dà vita ad una campagna di *fundraising* per attrarre gli investitori. Una volta raggiunto il capitale necessario, il fondo viene chiuso ad ulteriori investimenti e la società si occupa di individuare le imprese idonee allo scopo d'investimento, che saranno, alternativamente, oggetto d'acquisizione o delle quali verranno comprate le azioni di controllo. Prima di definire la transazione, la società di *private equity* effettua un'analisi sullo stato dell'impresa, sia sotto il profilo finanziario che gestionale, valutando i *business model*, le opportunità del mercato, e le strategie di marketing. Se l'impresa presenta un valore intrinseco ed un valore sinergico elevato, la società di *private equity* conclude la transazione. L'orizzonte temporale degli investimenti di *private equity* varia dai 5 ai 7 anni, trascorsi i quali gli investitori escono dal fondo. Un orizzonte temporale così limitato è indicativo della natura speculativa dell'investimento, evidentemente non orientato a generare alcun tipo di sviluppo duraturo nel paese di destinazione.

operazioni d'investimento, che, per il loro fine ed il loro modo di operare, presentano una naturale divergenza dagli obiettivi di sviluppo.

In riferimento a questo particolare tipo di investitori, particolarmente rilevante è risultato il supporto ad essi fornito dalle istituzioni finanziarie internazionali, in particolare dalla Banca Mondiale, tramite la loro assistenza⁷⁰ tecnica e la fornitura di una vasta gamma di garanzie assicurative accordate, ad esempio, dalla MIGA⁷¹, il braccio assicurativo della BM⁷². A Settembre 2010, erano oltre 190 i fondi di *private equity* coinvolti in investimenti in agricoltura.

Come già anticipato, il nostro campo d'indagine è limitato ai contratti conclusi fra il Paese di destinazione ed i terzi investitori, l'altra parte contrattuale sarà dunque esclusivamente lo Stato ospite dell'operazione d'investimento, incoraggiato a sottoscrivere l'accordo per favorire la creazione di infrastrutture, trasferimento di tecnologie e crescita dell'occupazione.

Al fine di attrarre investimenti stranieri, buona parte di questi paesi ha adottato legislazioni favorevoli agli IDE, tramite l'emanazione di nuovi codici d'investimento, riforme fiscali e bancarie. Alcuni Stati hanno poi snellito le procedure amministrative necessarie all'acquisizione delle terre ed eliminato gli ostacoli presenti all'acquisto della proprietà privata da parte di stranieri.

8. E' necessario, *in primis*, individuare, per quanto possibile, la portata del fenomeno, cercando di quantificare la vastità della terra oggetto d'investimento. Secondo uno studio della Banca Mondiale⁷³, le acquisizioni in larga scala avrebbero raggiunto i 56 milioni di ettari fra il 2008 ed il 2009; in riferimento ad un periodo di tempo più esteso, un' analisi dell' International Land Coalition ed Oxfam ha rilevato

⁷⁰ *Ibid.* p. 20 ss.

⁷¹ Altrettanto significativo è risultato il supporto fornito dalla BM agli investimenti dei *private equity funds* per accedere ai mercati emergenti, tramite la creazione dell' *Emerging Markets Private Equity Association* (EMPEA), la cui missione è favorire la mobilità dei capitali di *private equity*, per canalizzarli nei mercati emergenti. L'IFC, tiene inoltre regolarmente una *Global Private Equity Conference*, divenuta il principale forum di questi investitori. Sull'impatto degli investimenti dei fondi di *private equity*, vedi *infra* ed estensivamente DANIEL, *Situating private equity capital in the land grab debate*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 703 ss.

⁷² Sui profili di responsabilità della Banca Mondiale, in merito al fenomeno, cfr. SEATZU, *On the Roles and Responsibilities of the World Bank and its Affiliate Institutions in Agriculture and Water (Mis)Investments*, in *Indian Journal of International Law*, 2011, p. 485 ss.

⁷³ Ca. 29 milioni solo nell'Africa Sub-Sahariana, sul punto DEININGER, BYERLEE, *Rising Global Interest in Farmland: Can it yield sustainable and equitable benefits?* (World Bank, Settembre 2010). Sui dati relativi all'esportazione, vedi UNCTAD, *World Investment Report 2009, Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, 2009.

che sono stati 227 milioni gli ettari di terra assegnati agli investimenti tra il 2001 ed il 2010. E' bene, tuttavia, contestualizzare questi dati; in proposito, vale la pena ricordare che fra i numerosi studi che possono annoverarsi in materia, il solo territorio in analisi rimane spesso solo quello africano; in realtà il *land grabbing* è molto più esteso ed è un fenomeno intercontinentale, che per alcuni versi presenta degli elementi paradossali⁷⁴. Particolarmente difficoltoso risulta, inoltre, effettuare una distinzione, in termini d'impatto sociale, fra gli investimenti già implementati e quelli il cui progetto è stato solo approvato; sia sufficiente rilevare in proposito, che la sola approvazione può già determinare un vincolo sulla terra e produrre effetti negativi a livello locale, seppure non si sia ancora dato inizio all'attività cui l'investimento è destinato.

In riferimento alle singole operazioni d'investimento, l'acquisizione e l'affitto delle terre, riguarda per lo più, appezzamenti di terreno agricolo di particolare ampiezza, compresi tra i 10,000 e i 500,000 ettari; gli investimenti includono spesso, infatti, lo sviluppo di infrastrutture quali strade o collegamenti ferroviari.

A tal proposito, preme effettuare due considerazioni, la prima relativa allo *status* della terra oggetto della transazione; la seconda, relativa invece, alla titolarità degli appezzamenti; la terra potrebbe infatti essere già in uso da parte di coltivatori allevatori o cacciatori, che la occupano e la utilizzano in virtù di diritti d'uso o consuetudini, i titoli formali di proprietà sono infatti molto rari. Questo aspetto risulta estremamente rilevante alla luce dei risultati riportati dal rapporto della Banca Mondiale del 2010, in cui si rileva che i Paesi con il minor grado di formalizzazione e tutela dei diritti sulla terra attraggono maggiore interesse negli investitori.

Una delle maggiori attrattive dei Paesi oggetto di tali investimenti, ed in particolare dei paesi Africani, è data, infatti, dall'apparente abbondanza di terra "inutilizzata", "disponibile" o "marginale"⁷⁵. Considerato che simili concetti rappresentano spesso il presupposto delle transazioni coinvolte da tali investimenti, conviene analizzarli in maniera critica.

Secondo la Banca Mondiale⁷⁶ la quantità di terra disponibile nel mondo, ammonterebbe ad una cifra di ca. 446 milioni di ettari di terra coltivabile, non occupata da foreste ed inabitata. Lo studio effettua, inoltre, una classifica dei paesi in base alla

⁷⁴ Si pensi al già citato fenomeno dei *land grabbed land grabbers*.

⁷⁵ Tuttavia la retorica delle terre "marginali" è piuttosto svante, non tiene infatti delle preferenze economiche dell'investitore, portato a scegliere la terra in base alla prossimità con fonti d'acqua ed infrastrutture.

⁷⁶ World Bank, *Rising global interest in farmland* cit.

proporzione che essi presentano fra la quantità di terra agricola ed il divario di rendimento che la caratterizza (anche a causa della bassa produttività – intesa in termini strettamente economici – causata da prevalente coltivazione di piccoli agricoltori), ed ha riconosciuto nell’Africa Subsahariana la relazione più alta. Ai sensi di queste valutazioni, tali terre potrebbero risultare particolarmente appetibili per investitori esteri e piantagioni meccanizzate in larga scala, generando, in particolare, un impatto positivo per le popolazioni locali in termini di trasferimento di tecnologia utile ad accrescere la produttività.

Sebbene la terra oggetto del trasferimento, venga classificata come “terra sprecata”, in un ambito caratterizzato da incerti titoli sulla terra – come è ad esempio quello africano – è possibile, come detto, che su questa insistano piccole coltivazioni di comunità rurali o che le stesse vengano usate per caccia o pastorizia. È plausibile, quindi, che siano qualificati come inutilizzati terreni già occupati.

Inoltre, data la (quasi) totale assenza di previsioni normative relative ad un obbligo di consultazione con le popolazioni locali preliminare alla implementazione dell’investimento, è ben possibile che pre-esistenti diritti sulla terra vengano disattesi.

Tali classificazioni (terra “sprecata”, “inutilizzata”), tendono quindi ad effettuare una valutazione dell’utilizzo della terra in base ad un indice di produttività, *rectius*, in base a ciò che viene percepito come utilizzo produttivo, che non è però indice di esistenza dell’*effettivo* utilizzo delle risorse da parte delle comunità stanziate su quel territorio, che garantisce egualmente un apporto fondamentale alla sicurezza alimentare.

La terra rappresenta poi, per le comunità rurali, un immediato legame di identità culturale ed un’occasione di sviluppo, aspetti che mettono in luce il ruolo multifunzionale dell’agricoltura, che grande rilievo assume (o dovrebbe assumere) nel selezionare le operazioni d’investimento e calcolarne l’impatto sociale.

La sopravvivenza stessa delle comunità indigene dipende dal loro legame con le terre ancestrali, aspetto sottolineato, già in passato, anche dalla Commissione dei Diritti Umani⁷⁷: la terra è parte integrante della cultura delle popolazioni locali, che si esplica in varie attività tradizionali legate, ad esempio, ai metodi di approvvigionamento ed al culto religioso. L’allontanamento dalle terre ancestrali mette non solo a repentaglio la

⁷⁷ UN Human Rights Committee, *General Comment 23*, art. 27 (50a sessione, 1994a). Sul punto cfr. estensivamente BARUME, *Land rights of indigenous peoples in Africa*, cit.

cultura e le tradizioni di tali popolazioni, ma ne pregiudica la sopravvivenza stessa⁷⁸. Queste comunità intrattengono, infatti, con la terra relazioni estremamente intense che variano dalla dimensione culturale e spirituale a quella politico-organizzativa⁷⁹, alle quali non può essere evidentemente attribuito alcun valore di mercato. Il legame non è riferito alla terra in quanto tale, ma a quella con la quale esse intrattengono uno stretto rapporto culturale⁸⁰. Il rischio è che le attività d'investimento sulla terra ne minaccino la perpetuazione⁸¹, generando, fralaltro, significativi fenomeni di migrazione interna.

A tal proposito, pare utile fornire una breve panoramica dei diritti d'uso e delle consuetudini sulla terra, e del grado di protezione che viene loro riconosciuto.

⁷⁸ In *Delgamuukw v. British Columbia*, 3 SCR, 1010/1997, la Corte Suprema Canadese si trova a giudicare una controversia sollevata da due popolazioni indigene nordamericane, gli *Gitksan* ed i *Wet'suwet'en*, che rivendicavano il possesso di 58,000 acri di terra nella Colombia Inglese. La Corte, argomentando sull'*aboriginal title*, compie un interessante ragionamento sul rapporto fra le popolazioni indigene e la terra: «*What the inalienability of lands held pursuant to aboriginal title suggests is that those lands are more than a fungible commodity. The relationship between an aboriginal community and the land over which it has aboriginal title has an important non-economic component. The land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value*» (para 130) ed insiste in particolare sull'obbligo della Corona di ottenere il pieno e previo consenso da parte delle comunità per l'accesso e l'utilizzo delle risorse che si trovano sul territorio delle popolazioni istanti «*The execution of the Crown's fiduciary duty, specifically with respect to aboriginal title, must be consistent with the elements of aboriginal title - the "exclusive" use and occupation of land, "the right to choose" how the land can be used, subject to the limitation described above, and the "inescapable economic component" of aboriginal title(...)the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified .the minimum acceptable standard is consultation, [which] must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue (...)In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands*» (para. 166 - 168).

⁷⁹ Cfr. a tal proposito i lavori dello Special Rapporteur sui diritti della Popolazioni Indigene, *DAES Study on Indigenous Peoples and their Relationship to Land*. Working Paper definitivo presentato alla Commissione dei Diritti Umani, U.N. Doc. E/CN.4/Sub. 2/2001/21, 11 Giugno 2001.

⁸⁰ BROWNIE, *Rights of Indigenous Peoples in Modern International Law*, in *The Rights of Peoples*, (CRAWFORD, a cura di), Oxford, 1988; BROWNIE, BROOKFIELD, *Treaties and Indigenous Peoples*, Oxford, 1992.

⁸¹ Vedi in proposito, Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984. I *Lubicon* rivendicavano il rispetto dei loro diritti sui territori tradizionali sui quali erano stanziati, che assumevano sistematicamente violati dallo Stato dell'Alberta, Canada; le violazioni, in particolare, si sarebbero venute ad integrare tramite la concessione dello sfruttamento delle risorse site sul territorio dei *Lubicon* a società private da parte del governo dell'Alberta. La Commissione ritenne in proposito, al para. 33 della Comunicazione che «*Historical inequities, to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of article 27 so long as they continue*»; l'importanza della terra per la sopravvivenza culturale delle comunità indigene è stata rilevata anche in *Mulbadaw Village Council & 67 others v. Nafco*, n. 10/1981, di fronte la Corte Suprema della Tanzania. I *Barabaig*, comunità indigena tanzana, lamentava la violazione da parte della NAFCO (National Food Agricultural Corporation) dei diritti consuetudinari che essi vantavano su 10.000 acri di terra; di particolare gravità, la distruzione irreversibile, da parte dei bulldozer della NAFCO, dei siti funerari dei *Barabaig*, deputati al culto della loro religione.

Come anticipato, nella maggior parte degli Stati dell'Africa Sub-Sahariana l'accesso alla terra è regolato da consuetudini o diritti d'uso, cui è solitamente collegato un minor livello di tutela rispetto al diritto di proprietà. Lo Stato mantiene, pertanto, un ruolo centrale nella distribuzione ed allocazione della terra, con un grado variabile di discrezionalità, in base alle previsioni legislative nazionali.

Secondo un generalissimo inquadramento, le consuetudini sulla terra prevedono che essa sia gestita da famiglie o clan, in virtù di diritti collettivi o individuali che derivano dall'appartenenza ad un gruppo religioso o sociale e dallo status ricoperto dall'individuo o dal gruppo di riferimento. Tali diritti variano in base alla destinazione ed al tipo della terra, per cui gli appezzamenti destinati alla coltivazione godono di un certo trattamento giuridico diverso da quello delle terre destinate alla pastorizia o alla caccia. Il trasferimento o l'eredità di tali diritti si verifica prevalentemente per linea paterna ed è destinato agli eredi maschi. Le donne non godono quindi di uno status giuridico riconosciuto, pur rappresentando la maggior parte della forza lavoro agricola. Inoltre, coloro i quali hanno per primi occupato le terre, godono di uno status giuridico preferenziale rispetto a coloro i quali si sono stanziati successivamente sui medesimi territori. Molte consuetudini sono legate a tradizioni religiose. La terra rappresenta infatti per le comunità rurali un fattore di immedesimazione culturale e spirituale particolarmente intenso, parte delle terre sono infatti considerate sacre e destinate al culto.

La regolamentazione dei diritti esercitati sulla terra sia durante l'epoca coloniale, che dopo l'indipendenza ha inciso fortemente, almeno dal punto di vista teorico-normativo, sulle consuetudini attribuendo ad esse una protezione giuridica minima, se non assente. L'interesse dello Stato era, ed è rimasto infatti, quello di creare un apparato giuridico che favorisca lo sfruttamento delle risorse naturali, piuttosto che la protezione della titolarità dei diritti dei locali sulla terra⁸². Il quadro normativo favorisce, tuttora nella maggior parte dei casi, l'accentramento del controllo sulle risorse in mano allo Stato, che mantiene un ruolo estremamente pervasivo nel determinare i rapporti giuridici sulla terra.

I diritti consuetudinari possono essere riconosciuti ed acquisire la forma di diritti d'uso o veri e propri diritti di proprietà, solo se sottoposti ad una procedura di

⁸² Interessante, a tal proposito, l'atteggiamento degli attori istituzionali. Il Ministro dell'Agricoltura etiopie, relativamente al trasferimento forzato delle comunità pastorali da appezzamenti di terra oggetto di un contratto d'investimento in campo agricolo sottoscritto dallo Stato, ha recentemente dichiarato che questi ultimi "*...can just go somewhere else*".

registrazione, che varia da Stato a Stato. Il riconoscimento dei diritti d'uso o la conversione in titoli di proprietà è subordinato, tuttavia, a condizioni stringenti in termini di produttività. I soggetti istanti devono, in altri termini, dimostrare che l'utilizzo che essi hanno esercitato sulla terra abbia concretamente prodotto uno sviluppo visibile nella coltivazione, pretendendo persino, in alcuni casi, che si sia verificato uno stanziamento permanente, tramite la costruzione di edifici di sorta. Terre destinate alla pastorizia o alla caccia, seppure oggetto di diritti consuetudinari, sono quindi escluse dal procedimento di registrazione. Tali procedure risultano peraltro inaccessibili, in quanto costose ed estremamente farraginose dal punto di vista burocratico, aspetti che inevitabilmente si pongono ad ostacolo per la registrazione dei titoli da parte di soggetti parte di comunità rurali, che mancano sia di capitale che di supporto tecnico adeguato.

Il risultato è che i titoli registrati rappresentano una minima percentuale dei diritti consuetudinari effettivamente esistenti.

D'altro canto, seppure i titoli vengono registrati, resta da capire se la protezione che l'ordinamento interno attribuisce ad essi sia tale da garantirgli un'adeguata (ed azionabile) protezione giuridica. Lo Stato rimane detentore del demanio "privato" al quale appartengono le terre oggetto di tali diritti consuetudinari, e ne può disporre a favore di investitori stranieri.

Come detto, i contratti di acquisto o affitto sulla terra vengono conclusi esclusivamente fra l'investitore e lo Stato, quali uniche parti contrattuali. Permangono comunque delle incertezze su quale sia il trattamento riservato agli interessi delle terze parti escluse dalla transazione (ma evidentemente coinvolte dall'operazione economica), sotto il profilo delle espropriazioni e delle consultazioni in fase progettuale.

La maggior parte degli Stati in Africa tende a riconoscere agli investimenti stranieri di particolare entità una tutela giuridica estremamente favorevole, sia in termini di legislazione interna che, come si vedrà in seguito, di clausole contrattuali.

I benefici che essi apporterebbero sono considerati di tale entità da essere innalzati a livello di interesse pubblico, condizione prima per porre in essere le espropriazioni necessarie alla realizzazione del progetto d'investimento.

Se i diritti di proprietà ricevono piena tutela in termini di indennizzo (previsto solitamente in forma giusta ed equa), i diritti d'uso vengono invece compensati solo relativamente alla perdita dei "miglioramenti" produttivi apportati alla situazione iniziale, ma non per la perdita della terra *tout-court*. Se questi dunque non sono presenti,

o non dimostrabili, non vi è diritto ad alcun indennizzo. Ciò rileva, in particolare, per quelle terre non adibite alla coltivazione o all'abitazione, dove si svolge la caccia, la pastorizia, così come le terre sacre destinate al culto. Inoltre, il calcolo della quota d'indennizzo viene effettuato tramite una valutazione monetaria dei beni materiali perduti, escludendo da essa le conseguenze negative che possono derivare dall'espropriazione.

D'altro canto, nei Paesi nei quali la registrazione dei diritti consuetudinari consente la conversione in titoli di proprietà, l'impossibilità di accedere a tali procedure (per i motivi sopra evidenziati), toglie di fatto a tali soggetti la possibilità di godere di una tutela piena (rispetto all'espropriazione).

In alcuni Paesi, l'approvazione di un progetto d'investimento che preveda il trasferimento di risorse naturali è sottoposto alla consultazione con le comunità locali che godano di diritti consuetudinari sulla terra o di titoli fondati sull'occupazione in buona fede della terra. Tali consultazioni possono variare da un coinvolgimento delle comunità per l'esame di impatto ambientale e sociale da effettuarsi prima dell'approvazione dell'investimento, alla negoziazione di vere e proprie *partnerships* fra l'investitore e le comunità. Pur rappresentando quest'ultima un'evoluzione particolarmente positiva, permangono, tuttavia, dubbi in merito all'efficacia pratica di tale previsione. A parte l'assenza di una precisa regolamentazione relativamente alle modalità in cui tali consultazioni debbano tenersi, le comunità non godono di un potere di veto, in grado di bloccare il progetto d'investimento; esso è piuttosto uno strumento "negoziale" che permette loro di ottenere eventuali vantaggi dall'investimento. Peraltro, pur trattandosi di investimenti a lungo termine, l'obbligo è limitato ad un'unica consultazione iniziale, preventiva all'approvazione del progetto, che potrebbe invece presentare in sede d'implementazione, criticità tali da richiedere una nuova consultazione⁸³.

9. L'immediata fonte normativa che regola le transazioni è data dal contratto, che, in quanto forma giuridica realizzativa di tali investimenti, assume fondamentale importanza relativamente agli interessi in gioco delle diverse parti coinvolte in tali operazioni. Trattandosi di trasferimenti di diritti sulla terra, i termini e le clausole

⁸³ È il caso del Land Act del 1997 del Mozambico, che impone agli investitori di consultare le comunità locali interessate da un'operazione che intende implementare.

contrattuali possono determinare forti ricadute sulle popolazioni locali che insistono sui territori oggetto della transazione.

I contratti di acquisizione o affitto delle terre sembrano rispondere ad un preciso modello contrattuale, nel quale è possibile riscontrare determinate caratteristiche, comuni a quasi tutte le transazioni.⁸⁴

Come accennato, nel caso in cui ai diritti consuetudinari sulla terra venga riconosciuta protezione legale, questi vengono generalmente registrati come diritti d'uso; di conseguenza le terre rimangono amministrate dallo Stato cui è riconosciuta piena autorità a sottoscrivere le transazioni.

Il periodo di affitto previsto dal contratto è solitamente piuttosto lungo e soggetto a rinnovo, se così previsto dalle clausole negoziali⁸⁵.

La durata dei contratti non sembra peraltro rispondere ad un'analisi dei costi dell'operazione e dei possibili vantaggi che da essa derivino, pare piuttosto che si tratti di clausole standardizzate. L'estensione temporale degli investimenti (in alcuni casi, fino a 99 anni rinnovabili), che assimila, di fatto, gli affitti alle acquisizioni, determina una separazione definitiva della comunità localmente stanziata dal territorio⁸⁶.

Nella maggior parte dei casi, i canoni di affitto o i prezzi di vendita stabiliti dai termini contrattuali si trovano molto al di sotto della soglia di quelli di mercato (la media è di ca. 1.50 \$ l'ettaro). Una simile connotazione è indice dell'interesse da parte dei Paesi ospiti nel garantirsi non tanto una forma di entrata pubblica, quanto di attrarre gli investimenti esteri, in vista di possibili benefici in termini di capitale ed infrastrutture da essi generati, contributo ritenuto fondamentale da quegli Stati che non posseggono gli strumenti per sfruttare appieno le proprie risorse.

D'altro canto, però, l'assenza di un corrispettivo serio per il trasferimento, può incoraggiare le operazioni speculative e disincentivare altre forme di investimento, che possano coinvolgere, ad esempio, una collaborazione con i piccoli agricoltori. In tali

⁸⁴ COTULA, *Land deals in Africa : what is in the contracts?* International Institute for Environment and Development, 2011; ROSENBLUM, MAPLES, *Contracts confidential: Ending secret deals in the extractive industries*, Revenue Watch Institute, 2009, disponibile su <http://www.revenuewatch.org/news/-publications/RWContracts-Confidential>; COTULA, *Investment contracts and sustainable development: How to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investments*, Natural Resource Issues No. 20, IIED, 2010; LARYEA, *Contractual Arrangements for Resource Investment in Natural resource investment and Africa's development*, BOTCHWAY (ed.), New York, 2011.

⁸⁵ Il termine di durata così esteso del contratto determina, per le comunità rurali che originariamente occupavano le terre oggetto del contratto d'investimento, un allontanamento definitivo, con conseguenze inevitabili in termini di sradicamento generazionale di tradizioni culturali e sociali.

⁸⁶ D'altro canto, la lunga durata potrebbe rispondere alle esigenze finanziarie dell'investitore, per garantire l'ammortizzazione dei rischi.

casi, il contratto dovrebbe specificare adeguatamente gli obblighi al cui adempimento l'investitore si è impegnato⁸⁷ e prevedere, inoltre, che siano garantiti dei meccanismi di revisione dei corrispettivi durante la vigenza del contratto. L'adempimento di tali obblighi dovrebbe poter essere monitorato dal paese di destinazione o l'inadempimento adeguatamente sanzionato.

Un'alternativa alla sanzionabilità per la non esecuzione, è talvolta prevista tramite la risoluzione del contratto per il mancato adempimento di una parte del piano di investimento (in alcuni casi l'impresa è obbligata a sviluppare almeno ¼ delle terre date in affitto entro un anno dalla conclusione del contratto).

Come detto, i contratti possono manifestare l'interesse da parte dello Stato ospite di promuovere la crescita occupazionale, imponendo obblighi di impiego sull'investitore. E' necessario, però che venga inserita nel contratto una dettagliata descrizione delle caratteristiche dell'impiego, in termini di tutela garantita al lavoratore e salario minimo, al fine di scongiurare lo sfruttamento del lavoro. Infatti, se pure apparentemente beneficiando di una crescita in termini occupazionali, è facile che si verifichi un inglobamento dei piccoli agricoltori – incapaci di competere con i grandi investitori – nelle enclavi d'agricoltura avanzata, in qualità di lavoratori dipendenti, stagionali o permanenti, cui spesso non viene riconosciuta un'adeguata protezione sociale.

Alcuni contratti prevedono, poi, che vengano svolti studi di impatto sociale ed ambientale, al fine di individuare i rischi ed, eventualmente, arginarli. Questi studi possono riferirsi ad indici internazionali di maggiore garanzia, come gli *Equator Principles*⁸⁸ o essere sostituiti da studi di fattibilità eseguiti direttamente dall'investitore. Non è chiaro, però, se la transazione sia subordinata all'approvazione degli studi di fattibilità. In taluni casi, vi è solamente una generica previsione del rispetto degli standard ambientali imposti dalla legge nazionale del paese ospite.

Sono costantemente previsti dai termini contrattuali una serie di incentivi fiscali accordati dagli Stati destinatari all'attività d'investimento estero, che variano da misure di esenzione all'esportazione per i prodotti generati nei primi anni d'attività, o all'importazione di macchinari per la trasformazione industriale, all'esenzione di

⁸⁷ Nell'ottica dell'interesse dei Paesi di destinazione, la mancata percezione del canone può essere compensata da un impegno preso da parte dell'investitore di sviluppare infrastrutture che siano legate, o meno, al progetto d'investimento (sistemi d'irrigazione, scuole, ospedali). Simili impegni da parte dell'investitore, però, raramente compaiono tra le previsioni contrattuali se non in forma di una generica dichiarazione d'intenti, che non risulta, evidentemente, coercibile.

⁸⁸ Gli *Equator Principles* sono linee guida internazionali per le istituzioni finanziarie coinvolte in operazioni di finanza a progetto. I progetti valutati secondo gli EP devono rispettare gli standard sociali e ambientali (Performance Standard s) dell'International Finance Corporation (IFC).

imposte catastali sulla terra. Sebbene questo tipo di misure attragga gli investitori, una eccessiva esenzione potrebbe loro consentire di vendere i prodotti a prezzi ben più bassi di quelli equi di mercato e privare lo Stato ospite di una cospicua fetta d'entrata pubblica, consentendo all'investitore straniero di ignorare (*lecitamente*) le necessità del mercato alimentare locale.

Come accennato, infine, i contratti tendono a “congelare” la legge applicabile, tramite clausole di stabilizzazione, contenute negli accordi di investimento bilaterale, o direttamente nei contratti. Il contratto, in altri termini, è regolato dalla legge vigente al tempo della conclusione, e, nel caso in cui si richieda all'investitore che si conformi ad una nuova normativa, ad esso deve essere corrisposto un indennizzo per i costi di adempimento. Simili clausole rappresentano un deterrente per lo Stato nell'implementazione di norme la cui urgenza è dettata da serie esigenze ambientali e sociali.

Da ultimo, qualsiasi controversia sorga dall'applicazione del contratto, essa viene spesso deferita all'arbitrato internazionale. Com'è noto, tale procedura è particolarmente onerosa, ed impedisce, di fatto, allo Stato di parteciparvi.

Dato il contesto nel quale tali transazioni si svolgono, le previsioni contrattuali giocano un ruolo fondamentale nel risultato del progetto d'investimento.

Processi negoziali che escludano la partecipazione delle terze parti coinvolte dall'operazione⁸⁹, potrebbero condurre a risultati non sostenibili. I termini contrattuali devono essere previsti in maniera stringente, senza lasciare spazio ad impegni vani e non azionabili; molti di questi contratti, inoltre, non sembrano dedicarsi sufficientemente ai fattori sociali e ambientali coinvolti risultando piuttosto superficiali rispetto all'operazione d'investimento che regolano.

Il rischio è quello che siano le popolazioni locali a dover internalizzare i costi senza partecipare adeguatamente ai benefici⁹⁰.

⁸⁹ Particolarmente rilevante a tal proposito è l'art. 32 della Risoluzione dell'Assemblea Generale 61/295 del 13 Settembre 2007, ai sensi di quest'art. *States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources*". L'espropriazione la confisca o il danneggiamento delle terre originariamente occupate dalla popolazioni indigene, avvenuti senza il previo libero consenso di esse, conferisce a tali popolazioni pieno diritto di riparazione .

⁹⁰ COTULA, ult. op.cit. p. 56.

10. Nell'ipotesi in cui il contratto si connoti di queste particolari caratteristiche, è probabile che ci si trovi in presenza di un caso di *land grabbing*.

Ai sensi del diritto internazionale, come è stato possibile osservare, esso può pacificamente qualificarsi come un contratto d'investimento in campo agricolo. L'esecuzione di tali accordi può, tuttavia, incidere profondamente sul rispetto di altre norme di diritto internazionale, generalmente poste a tutela dei soggetti terzi alle transazioni.

Dal quadro delineato tramite l'iniziale analisi dei fattori che incidono sul fenomeno del *land grabbing* e dalle reazioni di risposta che si sono generate in seno alla comunità internazionale, emerge in maniera evidente l'urgenza di regolare un fenomeno estremamente complesso che, pur connotandosi della *globalità*, risulta allo stesso tempo frammentato, sia sotto i profili socio-economici che dal punto di vista strettamente giuridico.

Già da una prima analisi del fenomeno, paiono, infatti, ravvisarsi dei profili di illegittimità rispetto agli *obblighi* che regolano le modalità di esercizio della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali, sia sufficiente riflettere sulla pressione che tali contratti pongono sulla sicurezza alimentare delle comunità locali coinvolte o sulla produttività del suolo utilizzato per la coltivazione intensiva di monoculture.

Tuttavia, la valutazione della legittimità del fenomeno e, di conseguenza, dell'operato dello Stato ospite, non può prescindere dall'analisi dell'intero quadro normativo che disciplina le operazioni di investimento sulla terra in larga scala, con particolare riguardo agli strumenti multilaterali e bilaterali in materia di commercio e investimento.

La difficoltà di ricostruire un omogeneo e coerente regime giuridico internazionale in materia consente di anticipare quanto potrà osservarsi in seguito: il fenomeno del *land grabbing* si inserisce appieno nel più generale dibattito relativo alla frammentazione del diritto internazionale. Analizzando le operazioni d'investimento, sotto il profilo, ad esempio, dei BIT, l'interprete difficilmente si troverà a fare i conti con previsioni che condizionano l'implementazione dell'investimento al pieno rispetto dei diritti umani; eppure, la corsa alle terre genera importanti ricadute in quest'ultima materia.

Nella parte successiva del presente lavoro, si avrà quindi cura di condurre l'analisi alla luce di questa premessa, con l'intento di evidenziare la tensione accennata e tentare, contestualmente, di proporre interpretazioni in grado di preservare l'unitarietà dell'ordinamento e di servire da guida nell'analisi del fenomeno.

CAPITOLO TERZO

Le operazioni di investimento in larga scala sulla terra: profili generali di diritto internazionale pubblico e privato.

SEZIONE PRIMA. IL QUADRO GIURIDICO INTERNAZIONALE. 1. Gli strumenti multilaterali in materia d'investimento. – 2. Gli accordi bilaterali d'investimento, previsioni normative ricorrenti. – 3. *Segue.* Espropriazione diretta e indiretta e legittimità delle *Regulatory Measures*. – 4. *Segue.* Lo standard del *Fair and Equitable Treatment*: legittime aspettative dell'investitore e *host State's duty to regulate*. – 5. *Segue.* Caratteri ed effetti delle clausole di stabilizzazione. – 6. Gli accordi commerciali nel quadro normativo dell'OMC, profili di rilevanza in merito ai contratti d'investimento, in particolare il *TRIM*, l'*Accordo sull'Agricoltura* ed il *SCM Agreement*. – 7. Il contenuto normativo delle operazioni d'investimento sulla terra: potenziali profili di contrasto con le norme che regolano il commercio internazionale. – 8. La distinzione fra trattati e contratti stipulati tra soggetti di diritto internazionale.

SEZIONE SECONDA. I CONTRATTI D'INVESTIMENTO. QUESTIONI GENERALI. 9. Introduzione. – 10. I contratti di Stato, problemi di teoria generale sulla determinazione della legge applicabile. – 11. *Segue.* Il rapporto fra il diritto internazionale e il diritto interno relativamente a controversie contrattuali, in particolare l'art. 42 ICSID. – 12. La qualificazione delle controversie sorte intorno ad un'operazione d'investimento: la distinzione fra *Treaty and Contract claims* e l'effetto delle *Umbrella clauses*. – 13. La contaminazione fra diritto internazionale generale e diritto internazionale degli investimenti. – 14. L'armonizzazione del *corpus* di norme internazionali poste a tutela dei diritti umani con il diritto internazionale degli investimenti. – 15. *Segue.* L'applicazione delle norme poste a tutela dei diritti umani tramite il richiamo al diritto interno dello Stato ospite o attraverso l'operare del diritto internazionale privato.

Sezione Prima

1. Nell'assenza di un quadro giuridico vincolante relativo agli investimenti in larga scala sulla terra, pare utile cercare di individuare la possibile cornice normativa che rileva ai fini di questo tipo di operazioni. Si darà dunque conto degli strumenti di diritto internazionale generale e particolare ai quali potrebbero essere soggette i diversi aspetti

delle fattispecie negoziali in oggetto. Il dato da cui partire è che allo stadio attuale non esiste un accordo multilaterale che contempra una disciplina sostanziale in materia di promozione e protezione degli investimenti¹.

I tentativi condotti sinora si sono rivelati fallimentari per una serie di ragioni di cui si darà brevemente conto, non ultimo il ruolo sempre più crescente assunto dalle organizzazioni non governative in particolare rispetto allo spazio marginale riservato a considerazioni di natura ambientale o di rispetto dei diritti umani durante le negoziazioni avvicendatesi nell'ultimo ventennio.

I primi tentativi possono farsi risalire alla Havana Charter del 1948 che prevedeva la creazione di una *International Trade Organization*. Il documento, nella sua versione finale, non conteneva, tuttavia, delle previsioni sostanziali in materia di protezione degli investimenti, limitandosi meramente a riconoscere la necessità degli investimenti quale fattore in grado di veicolare lo sviluppo economico², accompagnato dall'impegno degli Stati di «*provide reasonable opportunities for investment acceptable to them and adequate security for existing and future investment*», che aveva un'evidente natura programmatica e difficilmente coercibile. La Carta conteneva, poi una serie di disposizioni in materia di concorrenza, monopoli e pratiche commerciali scorrette. Scopo del documento non era, quindi, tanto quello di fissare degli standard internazionali in materia di investimenti, quanto quello di perseguire interessi di politica interna³. La creazione dell'ITO e l'entrata in vigore della Carta dell'Avana non ebbero dunque successo, in particolare in seguito all'opposizione della comunità commerciale statunitense ed alla pressione esercitata sul governo USA, scontento dello scarso risultato ottenuto dalle negoziazioni⁴. Tale fallimento rifletteva il conflitto fra i diversi approcci tra i Paesi del Nord e Sud del mondo sull'ampiezza da assegnare alla protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale e sul ruolo che tale strumento doveva svolgere nella comunità internazionale del dopo guerra.

¹ Sul punto estensivamente SCHILL, *The Multilateralization of International Law*, Oxford, 2009; vedi anche SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge, 2010, p. 245 ss; AMARASINHA, KOKOTT, *Multilateral Investment Rules Revisited*, in MUCHLINSKI, FORTINO, SCHREUER, (eds.), *Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008.

² Art. 11 *Havana Charter* 1948.

³ Sul punto vedi DATTU, *A Journey from Havana to Paris*, in *Fordham International Law Journal*, p. 275 ss.

⁴ Non era stata, infatti, accettata la proposta degli Stati Uniti di liberalizzare gli investimenti diretti verso i PVS, che premevano, invece, per un testo che li proteggesse dai *capital exporting countries*, sul punto SCHILL, cit. p.33.

L'impossibilità di raggiungere un accordo in questo senso può considerarsi prodromico rispetto all'ondata di nazionalizzazioni che si sono susseguite durante il periodo della decolonizzazione. Se da un lato le ex potenze coloniali, preoccupate dall'ondata delle espropriazioni, spingevano per un consenso da raggiungere in materia di investimenti, dall'altro i nuovi Stati consideravano tali misure irrinunciabili rispetto al pieno raggiungimento dell'indipendenza economica, fondamentale al fine di riacquisire il pieno controllo sulle risorse previamente sottoposte al dominio coloniale.

Scarso successo ottenne anche la *Draft Convention on the Protection of the Right to Property* del 1967 redatta sotto gli auspici dell'OSCE e contenente una serie di previsioni in materia di *Fair and Equitable Treatment* (da qui FET) e *fair compensation* che possono oggi rinvenirsi in numerosi accordi bilaterali di investimento. Compatibilmente con quanto già anticipato, nel periodo storico di estrema frattura durante il quale fu redatta la *Draft Convention*, un simile tentativo non avrebbe potuto trovare accoglimento. Fra gli anni '60 e '70, infatti, gli Stati in via di sviluppo introducevano in seno all'Assemblea Generale il principio della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali, adottando risoluzioni, quale quella sul Nuovo Ordine Economico Internazionale, che, come è stato possibile osservare, contemplavano previsioni ancora più drastiche in materia di espropriazioni e *compensation*.⁵

Il fallimento di tale progetto riproduceva, quindi, il contrasto ideologico insanabile fra Paesi *capital exporting* ed i Paesi *capital importing* del mondo⁶. Non vi era, in altri termini, consenso sulla sacralità della proprietà privata, sugli effetti positivi delle imprese private e sul grado di intervento accettabile delle società estere nell'economia interna al Paese⁷.

Sebbene non adottata, la Draft del 1967 è risultata utile per il successivo sviluppo dei trattati bilaterali d'investimento negoziati fra i membri dell'OSCE. Considerate le circostanze, piuttosto che essere offerta alla ratifica degli Stati, il documento venne proposto come modello per la conclusione dei BIT⁸.

⁵ Sul punto vedi ampiamente capitolo I del presente lavoro.

⁶ Cfr. DOLZER, STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, p. 2 ss; sulla difficoltà di ricostruire un consenso rispetto alla "sacralità della proprietà privata", vedi WALKER, *American Journal of Comparative Law*, 1956, p. 229 ss.

⁷ Tuttavia, vale la pena specificare che gli standard disciplinati nel *Draft OSCE* del 1967, risultavano particolarmente gravosi anche per alcuni paesi OSCE, ed in particolare Turchia, Germania e Portogallo, sul punto SCHILL, cit., p. 38 ss.

⁸ Il *model BIT* di Francia, Gran Bretagna e Stati Uniti redatti fra gli anni '70 e '80 riflettevano stessa struttura e contenuto. Vedi sul punto SCHILL, cit., p. 39. Secondo l'autore, in particolare, tale circostanza dimostra il legame esistente fra l'espansione dei BIT e i tentativi di istituire un regime giuridico multilaterale in materia di investimenti.

Vale la pena sottolineare che la questione della protezione degli investimenti esteri fu, sin dall'inizio, legata alla questione del significativo ruolo svolto dalle imprese multinazionali. Un ulteriore tentativo è stato, quindi, quello di formulare delle regole di condotta per tali compagnie, che integrassero il quadro normativo del Nuovo Ordine Economico Internazionale. La percezione generale era infatti che le imprese multinazionali rappresentassero una minaccia alla sovranità degli Stati. La teoria della dipendenza⁹, fondata essenzialmente sull'idea che le multinazionali fossero strumentali al mantenimento di un imperituro stato di soggezione economica degli Stati in via di sviluppo, aveva enorme presa nel periodo storico in parola. Ed è infatti in seno a tale dibattito che venne introdotta l'idea di un codice di condotta vincolante per le multinazionali, confluito nei lavori della United Nations Commission on Transnational Corporations (UNCTC), che tuttavia, vale la pena anticiparlo, non ha mai trovato il necessario consenso per essere adottato.

L'analisi dell' UNCTC Draft Code¹⁰ è, però, utile per dare la dimensione dei diversi interessi che hanno animato negli ultimi anni il dibattito in merito agli investimenti esteri. L'UNCTC Code adotta una diversa prospettiva: il preambolo, infatti, accanto ai fini classici di sviluppo economico, assegna un ruolo fondamentale alla necessità di correggere i potenziali effetti negativi dell'attività delle imprese multinazionali, in contraddizione con l'assunto classico che gli investimenti esteri apportano in ogni caso esternalità positive. Nella medesima dimensione si inseriscono le previsioni in materia di sovranità degli Stati ospiti¹¹, che affrontano, in particolare, la delicata questione della non interferenza *politica* delle multinazionali negli affari domestici degli Stati di destinazione¹².

La *ratio* essenzialmente può rinvenirsi nel timore degli Stati in via di sviluppo che le imprese multinazionali potessero utilizzare il loro potere economico per influenzare la politica interna e che una simile circostanza potesse quindi tramutarsi in una forma di interferenza indiretta da parte dei loro Stati d'origine nelle questioni interne degli Stati ospite e perpetuare, in tale forma, il dominio coloniale, mantenendo al potere quelle

⁹ Sul punto, SORNARAJAH, cit., p. 247 ss.

¹⁰ SORNARAJAH, cit. p. 253 ss.

¹¹ Art. 7 UNCTC Code.

¹² SORNARAJAH, cit. p. 256 ss.

frange governative loro favorevoli, inclini ad introdurre politiche vantaggiose per lo stabilimento delle loro società.¹³

Il tentativo era, quindi, quello di individuare il giusto equilibrio fra la necessaria presenza delle imprese multinazionali nell'economia del Paese ospite e l'illegittima interferenza nella politica domestica degli Stati.

Il *Draft Code* nasce quindi come tentativo per sciogliere la tensione generata da tale contrasto, cercando di regolare le attività legittime svolte da tali imprese in maniera tale che esse non acquisissero un'influenza politica eccessiva.

Particolarmente rilevanti ed indicative della difficoltà di raggiungere un accordo rispetto a questi temi sono le questioni contemplate dalle *outstanding issues*, ed, in particolare, la rilevanza del diritto internazionale generale rispetto alla protezione degli investimenti esteri; la non interferenza negli affari domestici ed il rispetto della sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali¹⁴.

Rispetto alla prima questione, il linguaggio di compromesso adottato nel *Draft Code*¹⁵ non chiarisce se fra le «*international obligations, including generally recognised and accepted legal rules and principles*» possa ritenersi incluso anche il *minimum standard of treatment*, considerata la riluttanza dei Paesi in via di sviluppo a riconoscere l'esistenza di norme di natura consuetudinaria in materia di investimenti.

La vaghezza della previsione lascia, inoltre, insoluta la questione dei contratti di Stato. Non è chiaro, in altri termini, se per *international obligations* si debbano intendere anche gli accordi d'investimento intercorsi fra Stato ospite e privato, attesa, anche in tale ipotesi, la recalcitrante resistenza dei Pvs ad ammettere la possibilità che tali negozi potessero essere soggetti ad un fenomeno di internazionalizzazione¹⁶.

Un ulteriore tentativo sistematico di regolamentazione multilaterale è stato condotto su iniziativa dell'OSCE¹⁷ per la redazione di un Accordo Multilaterale sugli

¹³ Il timore era che le MNCs potessero allearsi con le élites locali ed assicurare che queste potessero continuare a mantenere il potere anche attraverso la repressione..

¹⁴ UNCTC. *Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*, UN Doc. E/C.10/1985/S/2.

¹⁵ «*In all matters relating to the Code, States shall fulfil, in good faith, their international obligations, including generally recognised and accepted legal rules and principles*». Work Related to the Code of Conduct on Transnational Corporations, UN Doc. E/1989/28 Rev.1

¹⁶ Sul punto estensivamente *infra* nel presente capitolo.

¹⁷ Sull'accordo, estensivamente CANNER, *The Multilateral Agreement on Investment in Cornell Journal of International Law*, 1998, p. 657 ss; HUNER, *Lessons from the MAI: A View from the Negotiating Table*, in WARD, BRACK (eds.), *Trade, Investment and the Environment*, The Hague, 2001; MUCHLINSKI, *The Rise and Fall of the MAI: where now?* in FLETCHER, MISTELIS, CREMONA (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, The Hague, 2000 p. 1033 ss.; SORNARAJAH, *The International Law*, cit. p. 289 ss; SCHILL, *The Multilateralization*, cit., p. 42 ss.

Investimenti (di qui in poi MAI¹⁸), le cui negoziazioni cominciarono nel 1996 per concludersi con l'adozione del testo nella versione finale nel 1998.

L'idea era quella di raggiungere previamente un consenso in seno all'OSCE e di presentare il testo così adottato ai Paesi non membri dell'organizzazione per la mera accessione.

L'accordo doveva risultare in un trattato che stabilisse una dettagliata cornice per la protezione e la promozione degli investimenti esteri. Il testo si ispirava ampiamente ai trattati regionali¹⁹ e bilaterali già esistenti ed includeva una generale (e molto ampia) definizione di investimento; la protezione per gli investitori contro l'espropriazione diretta ed indiretta; lo standard del *fair and equitable treatment*; la clausola della *full protection and security* ed un meccanismo di risoluzione delle controversie.

Nonostante il MAI riproducesse previsioni già esistenti a livello di diritto internazionale pattizio, il progetto non suscitò il necessario consenso fra gli Stati per una serie di ragioni. *In primis* il fallimento fu dovuto alla decisione della Francia di ritirarsi dalle negoziazioni per il timore che la liberalizzazione veicolata dal trattato a livello multilaterale potesse ledere la sua industria culturale²⁰. Inoltre, i due attori principali, Stati Uniti e Canada, non riuscivano ad accordarsi su talune questioni sostanziali, relative da un lato, alla pretesa della CEE in merito a potenziali eccezioni di cui potessero godere le organizzazioni regionali economiche e, dall'altro, sugli standard ambientali e lavorativi da fissare nell'accordo. Forti critiche vennero poi da parte di economie emergenti per la deliberata esclusione dei Paesi in via di sviluppo dalle negoziazioni; questi ultimi infatti, pur potendo godere dello status di osservatori durante i lavori, non erano ammessi a parteciparvi attivamente²¹.

Tuttavia, la ragione preponderante del fallimento dell'accordo è da attribuire alla significativa opposizione proveniente dalle organizzazioni non governative, preoccupate dell'impatto che le previsioni contenute nell'accordo potessero generare sugli standard ambientali e sui diritti umani, cui non veniva ricollegata alcuna protezione rispetto ai

¹⁸ All'inizio delle negoziazioni, il MAI fu accolto in maniera estremamente positiva anche dagli Stati in via di sviluppo, considerata l'impatto negativo della crisi dei petrodollari sulla loro economia, che li aveva spinti ad aprirsi agli investimenti diretti esteri per ottenere liquidità. Tuttavia, una volta superata la fase dell' "ondata neoliberista", il consenso in seno alla comunità internazionale venne meno anche rispetto a questo strumento, sul punto, SORNARAJAH, cit. p. 290 ss.

¹⁹ Ed in particolare al Chapter 11 del NAFTA ed alle previsioni dell'Energy Charter Treaty, su cui vedi *infra*,

²⁰ Sul punto, SCHILL, cit. p. 54

²¹ Sul punto vedi in particolare MUSCHLINSKI, cit. p. 1038 e CANNER, cit. p. 667.

possibili abusi delle multinazionali che potenzialmente potevano godere della protezione garantita dall'accordo.

Il nodo centrale della questione risiedeva, in particolare, nell'individuare il giusto equilibrio fra la protezione accordata agli investimenti ed il diritto dello Stato di esercitare i suoi poteri sovrani per regolare questioni di pubblico interesse²². Vale la pena richiamare l'attenzione sul fatto che le eccezioni e le misure di salvaguardia previste dall'accordo non trovavano applicazione in materia di espropriazione neanche in caso di guerra o per questioni di interesse pubblico, restringendo ulteriormente quanto invece già previsto a livello di diritto consuetudinario e pattizio. Seppure taluni ricollegano il fallimento del MAI alla riproposizione del noto conflitto dei Paesi fra nord e sud del mondo, in dottrina è stato invece – a nostro parere giustamente – sottolineato che il problema risiedeva piuttosto nell'incertezza sulla direzione e le forme che avrebbe assunto l'economia globale²³. In particolare, parecchi dubbi permanevano rispetto agli standard sostanziali che avrebbero dovuto plasmare la protezione degli investimenti a livello internazionale, relativamente al livello di autonomia regolatoria che avrebbero dovuto mantenere gli Stati, più che sulla generica desiderabilità di una regolamentazione internazionale degli investimenti²⁴.

Sebbene non sia dato rinvenire un accordo multilaterale che contenga previsioni di natura sostanziale in materia di protezione e promozione degli investimenti, è stato possibile raggiungere un consenso per la conclusione di un trattato multilaterale che istituisse una cornice procedurale per la risoluzione delle controversie sorte tra investitori esteri e Stati attraverso un sistema di arbitrato, gestito dall'*International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*²⁵. Particolarmente significativo risulta il preambolo della *ICSID Convention*, che riconosce «*the need for international*

²² Si tratta in particolare delle previsioni legate al diritto di stabilimento, cui era ricollegato l'obbligo del trattamento nazionale sia in fase *pre-entry*, che *post-entry*. Il primo, in particolare, creava una serie di difficoltà per numerosi Paesi, fra cui ad esempio Cina e Australia, che garantiscono protezione solo a quegli investimenti «*in accordance with the laws and regulations of each Contracting Party from time to time in existence*». Inoltre, le previsioni di *standstill* e *rollback* rispetto al trattamento della nazione più favorita ricevettero numerose obiezioni persino da attori come la CEE, che sottopose un numerosissimo elenco di eccezioni settoriali a tali previsioni, fra cui trasporti e telecomunicazioni. Il MAI vietava anche l'imposizione di *performance requirements*, spingendosi persino oltre la disciplina del TRIMS, che invece li ammette entro in certi termini. Un'ulteriore previsione problematica riguardava la sospensione dei processi già avviati, nel caso in cui l'investitore esercitava il suo diritto a ricorrere all'arbitrato.

²³ Sul punto SCHILL, cit. p. 58, CORNELL, cit. p. 681.

²⁴ SCHILL, cit. p. 58

²⁵ Sulla Convenzione ICSID, vedi estensivamente SCHREUER, *The ICSID Convention, A commentary*, Cambridge, 2001.

cooperation for economic development, and the role of private international investment therein»²⁶.

Il Centro non decide le dispute, ma fornisce una struttura istituzionale per amministrare le controversie. Una volta attivata una procedura arbitrale, gli Stati rinunciano, inoltre, ad invocare la protezione diplomatica e ad interferire in qualsiasi modo con la procedura in corso²⁷.

Il ricorso alle procedure arbitrali ai sensi della Convenzione ICSID è interamente volontario, in altri termini la ratifica del trattato non implica *per se* l'accettazione della giurisdizione del Centro: è infatti necessario che sia lo Stato che l'investitore esprimano un consenso separato tramite il quale deferiscano le controversie sorte fra loro all'arbitrato ICSID²⁸.

I lodi arbitrali, emessi in seguito ad una procedura attivata sotto gli auspici del Centro, ricevono automatico riconoscimento negli Stati parte alla Convenzione e possono essere soggetti solo a procedure di annullamento ivi previste, con conseguente esclusione di qualsiasi possibilità di una revisione a livello nazionale. Lo Stato che deve eseguire il lodo, inoltre, non può eccepire il limite dell'ordine pubblico²⁹ per sottrarsi all'esecuzione. Tale circostanza ha consentito di assegnare a tali procedure un alto livello di indipendenza, fondamentale per la protezione e la promozione degli investimenti, soprattutto nel caso in cui il sistema di giustizia interno allo Stato ospite non sia sufficientemente imparziale ed efficiente. Tale caratteristica ha reso l'arbitrato ICSID uno dei più importanti mezzi di risoluzione delle controversie, in particolare rispetto ai BIT.

Il successo di tale strumento può inoltre, attribuirsi alle previsioni in materia di legge applicabile, che lasciano libere le parti di effettuarne la scelta³⁰. L'apparente neutralità di tale strumento rispetto alla sovranità degli Stati e l'approccio apolitico, possono

²⁶ La Convenzione istitutiva dell'ICSID comprende allo status attuale 155 Stati Membri.

²⁷ La protezione diplomatica rimane, tuttavia, possibile nel caso in cui lo Stato ospite, risultato soccombente, non dia esecuzione alla sentenza arbitrale. L'art. 54 della Convenzione, tuttavia, non implica una deroga alle regole del foro in materia di immunità di beni degli Stati esteri dall'esecuzione, di cui all'art. 55.

²⁸ Consenso che si fa generalmente risalire alla clausola sulla giurisdizione contenuta nei trattati bilaterali di investimento, sul punto PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ss.

²⁹ Al contrario di quanto previsto dalla Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri del 1958.

³⁰ Art. 42 Convenzione ICSID, sul punto vedi *infra*.

probabilmente considerarsi fattori decisivi per il suo successo, in un momento in cui vi era grande dibattito rispetto agli standard sostanziali di protezione³¹.

Vi è poi un ulteriore strumento multilaterale per la cui adozione è stato possibile raggiungere il necessario consenso fra gli Stati³². Si tratta della Convenzione istitutiva della *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) il cui obiettivo è quello di «*encourage the flow of investments for productive purposes among member countries*», espresso nel preambolo del trattato.

Così come la convenzione ICSID, la convenzione MIGA non obbliga gli Stati contraenti al rispetto di standard sostanziali. A parte le attività di consulenza che l'Agenzia svolge rispetto alla praticabilità degli investimenti esteri, coagulati nell'art. 23 della Convenzione, l'attività principale della MIGA è quella di offrire uno schema assicurativo agli investitori esteri nei paesi in via di sviluppo.

La MIGA garantisce essenzialmente tutela dai rischi non commerciali degli investimenti, generalmente riconducibili alle espropriazioni, o alle misure *tantamount* ed alle violazioni dei contratti di Stato contro le quali non è possibile ricorrere in giudizio. L'agenzia può inoltre surrogarsi all'investitore nel caso in cui quest'ultimo desideri sollevare una controversia contro lo Stato ospite.

Particolarmente interessante, anche per il ruolo svolto sinora dalla MIGA è il mandato che essa detiene a concludere accordi con i Paesi in via di sviluppo, che garantiscano sia all'agenzia che agli investimenti da essa assicurati determinati standard di trattamento sulla base della clausola della nazione più favorita. L'Agenzia assume, inoltre, il ruolo di facilitatore per la conclusione di accordi di investimento fra gli Stati membri della convenzione.

Seppure limitato *ratione materiae*, un interessante trattato multilaterale in materia di investimenti è l' *Energy Charter Treaty*³³. L'accordo nasce in seguito alla fine della guerra fredda con l'idea di favorire una mutua cooperazione fra la Russia³⁴, i nuovi Stati dell'Est – Europa e gli Stati europei per lo sviluppo di un *framework* giuridico adeguato

³¹ Cfr. SCHILL, cit. p. 47.

³² La convenzione è entrata in vigore nel 1988. Sull'agenzia vedi, fra gli altri, *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 76 ss; SHIHATA, *The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Legal Treatment of Foreign Investment*, in *Recueil des Cours*, 1987, p. 95 ss.

³³ Il Trattato sulla Carta dell'Energia è stato firmato a Lisbona il 17 Dicembre 1994. Sull'accordo, estensivamente SUSSMAN, *The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable development*, in NEWCOMBE (ed.) *Sustainable Development in World Investment Law*, Oxford, 2012.

³⁴ E' necessario, tuttavia specificare che la Russia ha sospeso la provvisoria applicazione del trattato.

al settore energetico. L'ambito di applicazione del trattato non è limitato agli investimenti, esso comprende infatti una serie di previsioni in materia di commercio³⁵ ed efficienza energetica.

Sebbene la protezione garantita dall'accordo nella parte relativa agli investimenti in materia energetica si attaglia ai modelli già esistenti di BIT, il trattato presenta delle previsioni innovative in materia di imprese pubbliche ed enti territoriali, imponendo agli Stati contraenti di assicurare che tali imprese agiscano nel rispetto di quanto previsto dalla Carta³⁶.

L'accordo contiene inoltre una parte dedicata alla risoluzione delle controversie sorte fra investitore e stato ospite. Ai sensi di quanto disposto dal trattato, gli investitori possono attivare una procedura di arbitrato ICSID, UNCITRAL o di fronte la camera di commercio di Stoccolma, o, in alternativa, utilizzare il sistema giurisdizionale domestico, sia esso un tribunale civile o amministrativo.

Accanto agli accordi propriamente multilaterali³⁷ – in quanto aperti all'accessione – si riscontra la presenza di numerosi accordi regionali che regolano fra le altre, la

³⁵ Il trattato contiene in materia una clausola di compatibilità con le norme WTO, sul punto DOLZER, SCHREUER, cit., p. 19; SUSSMAN, cit., p. 518.

³⁶ Artt. 23 e 24 ECT

³⁷ Sembra utile, a fini di completezza, effettuare un breve cenno al *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP). Si tratta di uno strumento convenzionale bilaterale, anch'esso di natura ibrida, al momento in fase di negoziazione fra Stati Uniti ed Unione Europea. Il trattato si compone di tre capi fondamentali: accesso al mercato, *regulatory coherence* e barriere non tariffarie, e *rules* (si tratta di previsioni generali sulla tutela delle condizioni lavorative e dell'ambiente, nonché su questioni annesse a quelle del trattato fra cui la proprietà intellettuale). Lo strumento è destinato ad applicarsi ad un ampio raggio di beni e servizi (sono esclusi gli audiovisivi). Lo scopo è essenzialmente, quello di ridurre le barriere non tariffarie al commercio, tentando di avvicinare il più possibile gli ordinamenti europeo e statunitense in materia di *health, safety, environment and financial sectors*. A tale scopo il patto conterrà una serie di standard cui le due aree di mercato dovranno conformarsi nell'implementazione delle *regulatory measures* interne. Secondo il mandato a negoziare recentemente diffuso dal Consiglio dell'Unione Europea, in particolare, questi ultimi dovranno conformarsi e migliorare la disciplina già prevista dal sistema WTO, segnatamente dagli accordi SPS e NBT, dando vita ai SPS+ e NBT+ rispettivamente. Lo strumento ha, sin da subito, ricevuto diverse critiche, soprattutto in materia di sicurezza alimentare, considerato, da un lato, il rischio che gli standard raggiunti a livello regionale possano subire modifiche in virtù delle nuove regole contemplate dall'accordo e, dall'altro, che un'area di libero scambio del tutto aperta e, per certi versi, sottoposta a controlli di gran lunga meno pervasivi, possa incidere sulla piccola produzione locale e biologica (si fa notare che non vi è traccia degli OGM nella base negoziale fatta circolare dall'UE; è possibile che l'argomento sarà escluso dai negoziati). Di particolare rilevanza è il meccanismo *cross-sectoral* messo in atto dal trattato. Secondo questo approccio *orizzontale*, le modifiche di regolamentazione di qualsiasi natura dovranno essere sottoposte ad un preventivo *impact assessment* imparziale, che vagli le possibili ricadute dei cambiamenti previsti sull'ordinamento di una delle due Parti. Ancora più innovativa (e, ci pare, insidiosa) è l'introduzione delle c.d. *sectoral provisions*: attraverso questo meccanismo, il trattato diviene un *living instrument*: quando le due parti abbiano raggiunto un accordo diverso rispetto agli standard già fissati da applicare ad un determinato prodotto, il patto prevede che il nuovo accordo confluisca nel principale con un annesso settoriale, senza alcun emendamento da apportare al trattato base. Il rischio è, evidentemente, che accordi simili possano ribaltare gli esiti già raggiunti in precedenza, senza alcun controllo preventivo sulla

questione degli investimenti esteri operati nel quadro normativo da essi delineato. Fra questi, il più risalente è certamente il *North Atlantic Free Trade Agreement*, concluso fra Stati Uniti Canada e Messico, il cui scopo è quello di favorire la libera circolazione di beni, servizi, persone ed investimenti³⁸.

Si tratta, come l'ECT, di uno strumento ibrido; le previsioni sostanziali in materia di investimenti rappresentano, infatti, solo uno dei diversi capitoli che compongono l'accordo, e precisamente il Capitolo XI.

Il trattato si fonda essenzialmente sul *Free Trade Agreement* precedentemente in vigore fra Canada e Stati Uniti, strumento che a sua volta si basava su quanto previsto dall' *US BIT Model*. Di conseguenza, il NAFTA accoglie ampiamente la prassi statunitense in materia di commercio ed investimento. Esso, tuttavia, può considerarsi innovativo in quanto si tratta del primo accordo multilaterale sostanziale in materia di investimenti fra Paesi sviluppati e PVS.

Il capitolo undici si divide in tre sezioni: la sezione A regola gli obblighi sostanziali degli Stati in materia di protezione e promozione degli investimenti; la sezione B disciplina la risoluzione delle controversie sorte in seno al trattato, ed infine la sezione C contiene un elenco di definizioni relative al capitolo in oggetto. Gli obblighi sostanziali si rifanno essenzialmente a quanto già previsto nel modello US BIT, pur favorendo in maniera particolarmente evidente la protezione degli investimenti, fondata essenzialmente su un'applicazione illimitata della clausola delle nazione più favorita. Le previsioni che hanno dato adito ad una corposa giurisprudenza arbitrale sono legate alla questione dell'espropriazione e del *minimum standard of treatment*, specialmente a causa dell'ampiezza della nozione di espropriazione e di misure *tantamount*³⁹.

sostenibilità degli standard, previsto invece per quelli contenuti nel testo del trattato. Sul punto vedi ALEMANNO, *A reality check of TTIP: beyond the popular account* reperibile su <http://www.euractiv.com/sections/trade-industry/reality-check-ttip-beyond-popular-account-301443/>. Ulteriori perplessità sorgono, infine, rispetto al rinvio al meccanismo di arbitrato investitore-Stato, considerato che la *ratio* fondante di tale mezzo di risoluzione risiede nell'instabilità del sistema giurisdizionale degli Stati ospiti, circostanza evidentemente non riscontrabile nel caso di specie. BERNASCONI-OSTERWALDER, *Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, IISD Report, Giugno 2014; *Public consultation on investor-state arbitration in TTIP – Comment of 30 Academics on the issue of ISDS*.

³⁸ Sul NAFTA vedi estensivamente MANN, *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, IISD and WWF Working Paper, 2001.

³⁹ Si tratta in particolare dei possibili contrasti con la materia ambientale, sul punto vedi SORNARAJAH, cit. p. 257. Persino l'introduzione di mere politiche non vincolanti sono state qualificate come *regulatory taking*, sul punto vedi MANN, MOLTKE, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment*, IISD and WWF Working Paper, 1999.

Ai sensi dell'art. 1120, un investitore ha il diritto di attivare una procedura ICSID per la risoluzione di una determinata controversia, tuttavia tale norma è operativa solamente nel caso in cui sia lo Stato d'origine che lo Stato ospite abbiano ratificato la convenzione ICSID, di cui al momento solo gli USA sono parte⁴⁰. L'investitore può inoltre fare riferimento alle norme sull'arbitrato UNCITRAL.

L' *ASEAN Investment Protection Agreement* del 1987⁴¹ è un accordo ideato per creare un sistema di protezione degli investimenti nell'ambito della regione ASEAN⁴² e si applica anche ai nuovi membri del trattato regionale.

Un aspetto particolarmente significativo dell'accordo, è che esso introduce la possibilità per lo Stato ospite di agire unilateralmente contro l'investitore, invocando le previsioni in materia di risoluzione delle controversie da esso contemplate. L'accordo è stato seguito dal *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* del 1998, il cui scopo è quello di liberalizzare ulteriormente il flusso di investimenti esteri nell'ambito della regione interessata. Tuttavia, i due documenti, seppur pensati per essere interpretati ed applicati in maniera complementare, non sono stati redatti in maniera tale da potersi leggere contemporaneamente. Nel 2009 è stato quindi fatto un tentativo per rimediare a tale discrasia⁴³, adottando il *Comprehensive Investment Agreement*, che cerca di combinare il libero movimento degli investimenti nella zona ASEAN e la protezione ad essi accordata.

E' interessante notare che, nonostante la presenza delle usuali figure normative riscontrabili nei BIT o negli altri accordi sinora analizzati, in tale accordo si palesa il tentativo di individuare un bilanciamento fra protezione degli investimenti e tutela del potere regolatore dello Stato.

Tale tentativo si manifesta, ad esempio, tramite l'indicazione di una serie di possibili limitazioni settoriali (seppure soggette a progressiva liberalizzazione) alla clausola del *pre-entry national treatment*. Un altro elemento interessante che si rinviene nell'accordo in parola è la decisione di eliminare il generico riferimento all'*international minimum*

⁴⁰ Una seconda possibilità è quella di deferire la questione ad una procedura arbitrale ai sensi dell' *ICSID Additional Facility Rules* of 1978, che non richiedono che entrambe le parti siano membri della Convenzione ICSID. Tali previsioni, tuttavia, presentano norme differenti rispetto alla Convenzione ICSID, in materia, ed esempio, di legge applicabile, che non effettua alcun richiamo alla legge dello Stato ospite.

⁴¹ Sul punto estensivamente SORNARAJAH, cit., p. 255 ss.

⁴² L'Associazione delle Nazioni del Sud-est Asiatico è stata fondata l'8 Agosto del 1967, per promuovere la cooperazione e l'assistenza fra gli Stati della regione in parola.

⁴³ Vedi in particolare *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, in *International Law Materials*, 2003, p. 540 ss., in cui il tribunale ha interpretato il secondo accordo come un trattato di natura programmatica e non prescrittiva.

standard, accompagnato dalla definizione precisa di quello che si intende per *fair and equitable treatment* e *full protection and security clause*⁴⁴.

E' evidente, dunque, che lo standard di protezione a favore dell'investitore non è così stringente, al contrario di quanto previsto in altri accordi di investimento. Tale standard è infatti bilanciato con la necessità di tutelare il margine operativo dello Stato che agisce nel pubblico interesse; tale circostanza è pienamente comprensibile, considerata la composizione dell'organizzazione regionale sotto i cui auspici è stato redatto ed approvato l'accordo⁴⁵. L' ASEAN specifica infatti che «*nothing in the Agreement could be considered as preventing a state from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests*»⁴⁶.

2. Gli accordi bilaterali d'investimento (di qui in poi BIT) contribuiscono a definire il quadro giuridico che regola le operazioni d'investimento in esame⁴⁷. Tali trattati definiscono il trattamento normativo riservato agli investitori di ciascuno degli Stati parte all'accordo per le attività d'investimento intraprese nel territorio dell'altro.

Sebbene la protezione sostanziale accordata agli investitori da ciascun trattato differisca in termini normativi, considerato il grado di specificità dei BIT, la struttura di tali accordi può dirsi essere in ogni caso genericamente caratterizzata da una determinata intelaiatura. La prima parte dei trattati è tradizionalmente dedicata all'articolazione degli scopi dell'investimento, cui fa seguito la definizione dei concetti di investitore ed investimento. La precisa delimitazione dei diritti che trovano tutela nello standard di trattamento disciplinato dal trattato d'investimento è di fondamentale importanza⁴⁸ considerato l'impatto dei BIT sulla regolamentazione generale dell'attività

⁴⁴ Art. 11 Asean. Nel caso del FET, ad esempio, solo il *denial of justice* dà luogo ad un obbligo compensativo dallo Stato. Lo standard rende, dunque, imperativo il previo esaurimento dei ricorsi interni.

⁴⁵ L' art. 17 Asean prevede una lista di eccezioni particolarmente lunga in materia di *public morals*, salute, *welfare*, ambiente e sicurezza nazionale, contemplate in una lista di eccezioni particolarmente lunga.

⁴⁶ D'altronde, tali previsioni sollevano il problema opposto, e cioè se le eccezioni previste e la clausola della *national security* non svuotino le norme in materia di protezione degli investimenti della loro portata normativa.

⁴⁷ La letteratura sui trattati bilaterali d'investimento è estremamente vasta, fra i più vedi, MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989; DOLZER, STEVENS *Bilateral Investment Treaties*, Boston, 1995; MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003; SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2010, p. 17 ss; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, p. 13 ss.

⁴⁸ In merito all'incidenza dei BIT sulla regolamentazione dei contratti di Stato, vedi sezione *infra*.

dell'investitore e la protezione rafforzata di cui essa può godere se considerata suscettibile nella categoria protetta dal trattato.

La seconda parte definisce lo standard di trattamento accordato agli investitori di entrambe le parti. Tradizionalmente, le previsioni normative sono ispirate alla tutela dell'investitore dalla possibile azione di interferenza dello Stato ospite sul pacifico godimento dei diritti di cui è titolare.

In via approssimativa esse definiscono lo standard di compensazione per le espropriazioni ed il generico riconoscimento del *fair and equitable treatment*. Le previsioni impongono, poi, allo Stato ospite l'obbligo di garantire protezione e sicurezza all'attività svolta dall'investitore, il divieto di trattamento arbitrario e discriminatorio e le prescrizioni in materia di non discriminazione, articolate nella clausola del trattamento nazionale e della nazione più favorita. La maggior parte degli accordi prevede inoltre una clausola di giurisdizione a favore dell'arbitrato internazionale per le controversie che dovessero sorgere fra investitore e Stato ospite⁴⁹. Ai fini dell'analisi qui condotta, le prime due figure, in particolare, presentano un notevole livello di incisività rispetto al normale espletarsi del potere regolatore dello Stato per il perseguimento di fini pubblici; tale circostanza impone, dunque, di individuare un potenziale criterio di legittimità per la giustificazione delle *Regulatory Measures* poste in essere dallo Stato per la tutela di interessi pubblici fondamentali.

3. I BIT genericamente riconoscono allo Stato ospite il diritto di procedere all'espropriazione dei beni o dei diritti dell'investitore, in conformità con il principio di sovranità territoriale dello Stato. Gli accordi d'investimento non contemplano, infatti, previsioni che attribuiscono allo Stato ospite il diritto di espropriare, in quanto esso è considerato *a priori* una prerogativa indiscussa dell'ente sovrano. I trattati bilaterali, regolano, piuttosto le condizioni procedurali e sostanziali che devono informare un atto espropriativo e le conseguenze da esso derivanti. La protezione garantita all'investitore si sostanzia genericamente in una serie di requisiti: l'espropriazione deve infatti essere effettuata per ragioni di pubblico interesse, in seguito all'espletarsi di un giusto processo

⁴⁹ Le norme previste dai BIT vengono genericamente considerate compatibili rispetto allo standard di trattamento garantito dalle norme consuetudinarie, a meno che l'accordo non contenga un linguaggio specifico indicativo del contrario. I trattati bilaterali d'investimento tendono, infatti, a specificare ulteriormente la tutela apprestata dal diritto internazionale generale, senza tuttavia porsi in contrasto con esso. Così DOLZER, SCHREUER, *Principles*, cit. p. 98 ss.

svolto nel rispetto del principio di non discriminazione ed accompagnata da una piena indennità per il depauperamento subito dall'investitore in seguito alla misura espropriativa⁵⁰.

In particolare è possibile distinguere fra espropriazione diretta ed indiretta; entrambe le categorie sono, tuttavia, soggette alle condizioni sopra brevemente elencate. In linea di massima un'espropriazione può dirsi diretta quando lo Stato ospite acquisisce tramite trasferimento formale i diritti dell'investitore o prende immediatamente possesso degli *asset* d'investimento per uso proprio o per trasferirli a soggetti terzi. Si è invece in presenza di un'espropriazione indiretta quando l'investitore rimane formalmente titolare dell'investimento, ma l'azione dello Stato lo priva *materialmente* della possibilità di usufruirne in maniera significativa⁵¹.

Sebbene i contorni dell'espropriazione indiretta non risultino esattamente definiti, l'ammissione dell'esistenza di tale categoria è piuttosto risalente⁵². Il fatto che certe misure poste in essere dallo Stato siano tali da incidere sul pieno esercizio del diritto di proprietà di un investitore straniero, tanto da risultare in un'espropriazione che obbliga ad un indennizzo è ormai assodato.

Ai nostri fini, l'aspetto più problematico, ed evidentemente più rilevante, è l'istituzione di una linea di confine fra le attività di regolamentazione dello Stato che *non* esigono la corresponsione di un'indennità – in quanto espressione del legittimo esercizio dei *police powers* dello Stato ospite – da quelle misure statali che invece costituiscono un'espropriazione indiretta, o anche definita *regulatory expropriation* (o *regulatory taking*⁵³). La corretta individuazione delle linea di demarcazione fra le due

⁵⁰ Sul punto estensivamente, DOLZER, SCHREUER, cit. p. 100 ss. che distinguono i criteri di compensazione da utilizzare per un'espropriazione rispettivamente legittima o illegittima. Le espropriazioni indirette possono genericamente considerarsi illegittime perché tradizionalmente non accompagnate da una volontaria corresponsione dell'indennità per il depauperamento subito dall'investitore.

⁵¹ Sulle perplessità generate dalla categoria dell'*indirect expropriation*, vedi ampiamente HIGGINS, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1982, 2002-1, p. 80 ss.; DOLZER, *Indirect Expropriation of An Alien Property*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 1986, p. 41 ss.; FORITER, DRYMER, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It or Caveat Investor?* in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 293 ss.; DOLZER, SCHREUER, cit. p. 101 ss.

⁵² Il concetto di *indirect expropriation* era già stato ammesso dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale in *Norwegian Shipowners' Claims*, 1922, Series A, 15 e in *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, 1926, Series A, 7.

⁵³ Tale tipo di espropriazioni vengono anche definite *creeping, de facto, constructive, disguised*; tali aggettivi indicano tuttavia il medesimo concetto. Specificatamente sulla difficoltà di distinguere fra *regulatory measures* e *regulatory takings*, vedi ampiamente MANN, *The Right of the State to Regulate and International Investment Law, Paper for Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface*, in the

ipotesi spiega degli effetti notevoli sull'ampiezza del margine di azione dello Stato per il legittimo perseguimento di interessi pubblici, senza che su di esso pesi l'obbligo di compensazione.

La necessità di condurre un'analisi in merito a tale tipo di misure si concretizza in un imprescindibile esercizio di interpretazione, necessario per limitare un ricorso eccessivamente frequente alla categoria delle *regulatory takings* da parte dell'investitore. Le difficoltà sono date, in particolare, dall'ampiezza delle formulazioni annoverate nella maggiorparte degli strumenti multilaterali o bilaterali, che riconoscono all'investitore una protezione dalle misure che costituiscono un'espropriazione indiretta⁵⁴.

Il problema è, infatti, che, se il concetto di *regulatory taking* è utile dalla prospettiva dell'investitore, in quanto gli consente di ricevere protezione anche nel caso di un'espropriazione che non sia formalmente tale, esso pone un alto rischio sulla capacità dello Stato di regolare le questioni di pubblico interesse sul proprio territorio.

I tribunali arbitrali hanno dimostrato recentemente di essere piuttosto cauti nell'accertare la presenza dell'una o dell'altra categoria. La linea di confine tra il concetto di *regulatory measures* ed espropriazione indiretta non è stata, infatti, articolata in maniera sistematica. L'approccio tradizionale o ortodosso effettua un'analisi di mero impatto economico. In altri termini, l'enfasi è posta esclusivamente sull'*effetto* della misura statale sui titoli dell'investitore, con l'esclusione di ulteriori

National and International Context, Ginevra, 6–8 Novembre 2002; YANNACA SMALL, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, *OECD Working Papers on International Investment*, n. 2004/4; NEWCOMBE, *The Boundaries of Regulatory Expropriation*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2005 p. 1 ss.; BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, *Regulatory Measures, Standards of Treatment and the Law Applicable to Investment Disputes*, in TREVES, SEATZU, TREVISANUT (eds.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Oxford, 2013, p. 36 ss.

⁵⁴ I trattati in materia d'investimento non definiscono infatti il contenuto delle *regulatory takings*, né contemplano una lista esaustiva di quali siano le misure che possono costituire un'espropriazione indiretta; in linea di massima le previsioni pattizie si riferiscono a misure che sono "*equivalent*" o "*tantamount to expropriation*"; simili locuzioni possono riscontrarsi ad esempio nel NAFTA all'art. 1110 ed in molti altri BIT, vedi ad esempio l'accordo fra Canada e Egitto del 1996 all'art. VIII. Definizioni così ampie sembrerebbero accordare all'investitore una tutela più estesa di quella già prevista a livello di norme consuetudinarie. Se una simile conclusione può essere esclusa per la mera apposizione di aggettivi quali *equivalent* o *tantamount* - che indicano una relazione di uguaglianza - lo stesso non può sostenersi per le previsioni contenute in altri trattati bilaterali d'investimento: il Protocollo al BIT fra Germania e Russia prevede, ad esempio, che "*investor shall also be entitled to compensation if the other Contracting Party interferes with the economic activities of an enterprise in which he is participating, if his investment is significantly reduced by such interference*"; Il BIT fra Belgio e Burundi prevede che lo Stato ospite non debba porre in essere "*any deprivative or restrictive measure or any other measure having a similar effect*". Misure semplicemente restrittive di un'attività d'investimento innalzano lo standard previsto per gli atti espropriatori nel diritto internazionale generale, per il quale è invece necessario che l'investitore subisca una privazione sostanziale. Sul punto ampiamente NEWCOMBE, cit., p. 24 ss.

fattori che contribuiscono invece a definire la relazione intercorrente fra l'intervento governativo ed il detrimento dei diritti cui egli va incontro⁵⁵.

Nel tentativo di circoscrivere le tendenze espresse nelle pronunce giurisprudenziali ed arbitrali, la dottrina⁵⁶ ha enucleato una serie di criteri ispirati al principio della proporzionalità, utili a distinguere fra le due categorie ed in particolare: il grado di interferenza dell'attività statale rispetto al pacifico godimento del titolo dell'investitore⁵⁷; il fine e il contesto della misura regolatoria⁵⁸; la proporzionalità fra il pubblico interesse perseguito e l'impatto sui diritti dell'investitore; l'impatto di tale misure sulle legittime aspettative dell'investitore⁵⁹.

L'approccio tradizionale può inoltre trovare ulteriori correttivi in altri elementi aggiuntivi che, ad una più attenta analisi della prassi, risultano decisivi nel far propendere per l'una o l'altra ipotesi. Secondo un'interessante ricostruzione, infatti, la sola enfasi sull'elemento della *privazione* dei diritti dell'investitore⁶⁰ non consentirebbe

⁵⁵ Vedi ad esempio *S. Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case no. ARB/96/1, in cui il tribunale arbitrale sottolinea che «*Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains*»; allo stesso modo *Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran* Iran-United States Claims Tribunal, *International Law Reports*, p. 122, 1983.

⁵⁶ Sul punto, vedi estensivamente YANNACA SMALL, cit. p. 9 ss.

⁵⁷ Tale criterio ricomprende l'analisi di una serie di fattori quali l'impatto economico e il termine di durata degli effetti prodotti dalla misura statale. In merito al primo si veda e.g. *S.D. Meyers Inc. v. Canada*, Partial Award, Novembre 2000, Nafta Tribunal, *International Law Materials*, p. 408 ss. in cui il Tribunale specifica che «*expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations [are] a lesser interference*». Sul secondo fattore, vedi *Hauer v. Land Rheinland Pfalz*, ECJ, Case 44/79.

⁵⁸ Sul punto vedi *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Award, n. ARB (AF)/00/2, secondo cui «*whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account the significance of such impact plays a key role in deciding the proportionality*»; interessante anche *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, Award December 29, 1989, 23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378: «*A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price*».

⁵⁹ Vedi, già in epoca risalente, *Oscar Chinn*, 1934, PCIJ, Ser A/B, n. 63: «*No enterprise...can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantage of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change. Where this is the case, no vested rights are violated by the State*». E' utile rilevare che la proporzionalità non va valutata solo fra la misura adottata dallo Stato e l'effetto di essa sui diritti dell'investitore; è necessario, infatti, effettuare una valutazione di proporzionalità fra lo scopo perseguito con l'azione statale e la misura adottata. Il criterio di proporzionalità, inoltre, va verificato anche rispetto all'attività dell'investitore; se essa è dannosa o impedisce il raggiungimento di un determinato pubblico interesse, l'intervento del governo non potrà ritenersi espropriatorio, ma regolatorio, sul punto vedi in particolare, KINGSBURY, SCHILL, cit., p. 46.

⁶⁰ In particolare, questo approccio risulta coerente con la *ratio* della protezione garantita a livello internazionale ai titoli vantati dagli investitori stranieri: la compensazione per l'espropriazione eseguita per pubblico interesse è che lo Stato non può indebitamente perseguire i propri interessi alle spese dei

di apprezzare il profilo immediatamente parallelo, che può rinvenirsi nel dato *appropriativo* da parte dello Stato dei titoli d'investimento per destinarli al suo esclusivo utilizzo o per trasferire a terzi i titoli dell'originario investitore⁶¹.

Sebbene l'approccio ortodosso sembri quello più adottato dai tribunali arbitrali, nella maggiorparte dei casi in cui è stato accertato il verificarsi di una espropriazione, è possibile riscontrare la contemporanea presenza di uno *scopo* acquisitivo. Proprio nel presupposto teleologico di un'azione governativa, che potremmo definire intento espropriativo, è possibile infatti rinvenire le caratteristiche di un'espropriazione. Così ha ritenuto anche il tribunale arbitrale in *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*, secondo cui «*For an expropriation to occur, there must be actions that can be considered reasonably appropriate for producing the effect of depriving the affected party in such a way that whoever performs those actions will acquire directly or indirectly control or at least the fruits of the expropriated property. Expropriation therefore requires a teleologically driven action to occur*»⁶².

Seppure non si tratti di un criterio risolutore, un simile approccio può quindi rivelarsi un utile strumento nel distinguere le *regulatory expropriation* dal legittimo esercizio dei *police powers* dello Stato, che non dà origine corrispettivamente ad alcun obbligo compensatorio; tale prospettiva è, infatti, in grado di superare l'*empasse* generato dall'identità degli effetti delle misure espropriative rispetto all'esercizio del potere regolatore dello Stato, quando la valutazione è circoscritta al solo dato privativo⁶³.

Nel tentare di identificare un *fil rouge*, potrebbe essere utile approntare una prima definizione di *police powers*, che non sia tautologica⁶⁴, quanto contenutistica.

Per *police powers* potrà quindi intendersi quella sfera esclusiva dello Stato che contempla il perseguimento legittimo di politiche di pubblico interesse, atte a proteggere

privati individui. Concentrarsi tuttavia sul solo effetto privativo non consente di apprezzare l'interesse del fenomeno. Il principio del *sole effect doctrine* pone esclusivamente l'attenzione sull'effetto negativo dell'attività governativa sul titolare del diritto di proprietà, trascurandone l'effetto acquisitivo formale o informale nel caso di espropriazione indiretta. NEWCOMBE, cit., p. 20 ss., YANNACA, SMALL, cit. p. 4 ss.

⁶¹ Per un'ampia ricostruzione di quest'approccio vedi ampiamente NEWCOMBE, cit. *passim*

⁶² *Olguin v. Paraguay* (ICSID Case No. ARB/98/5 Final Award, July 26, 2001) para 84. E' necessario, tuttavia, specificare che non deve necessariamente essere un *discernible intent*; l'importante è, infatti, che la misura conduca ad un risultato appropriativo simile

⁶³ Vedi sul punto *Methanex v. United States Methanex Corporation v. United States*, Final Award, August 3, 2005, para 278 : «[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.».

⁶⁴ Sul punto vedi MANN, ult.op.cit. p. 22 ss.

l'ambiente, la sicurezza o la salute della comunità stanziata sul proprio territorio⁶⁵; tali misure – pur ponendo restrizioni sui diritti di un privato – sono, come detto, sottratte al regime compensatorio e conformemente all'*appropriative approach* sopra delineato, non sono finalizzate all'utilizzo da parte dello Stato del bene soggetto a restrizione, né al trasferimento del medesimo ad un terzo.

Il solo requisito del perseguimento di un pubblico interesse, seppur sintomatico, non è, infatti, dirimente rispetto alla distinzione in analisi. Tutte le espropriazioni, sia dirette che indirette, per essere legittime devono essere effettuate per un pubblico scopo⁶⁶, questo non significa tuttavia che lo Stato debba arricchirsi ingiustamente a carico del privato.

A parere di chi scrive, in particolare, un elemento significativo è dato dalla natura dell'attività svolta dall'investitore, in particolare rispetto alla presenza di un rischio sostanziale in termini di pericolo per la sicurezza della salute umana o dell'ambiente, sia che esso sia generato dall'attività svolta dall'investitore⁶⁷, sia che questa possa contribuire al protrarsi del danno⁶⁸.

E' necessario inoltre che le misure poste in essere dallo Stato, per essere sottratte al regime compensatorio, siano conformi al rispetto dello standard di trattamento minimo riservato all'investitore dal diritto internazionale. In altri termini, la condotta dello Stato può ritenersi illegittima se essa è «*arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial property – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of of due process and candour in an administration process (..)*»⁶⁹.

Attestati i due canoni di cui sopra, allo scopo di valutare la legittimità dell'operato statale, è necessario individuare la relazione esistente fra le misure adottate dallo Stato e la restrizione subita dall'investitore. Secondo la più recente dottrina⁷⁰, è necessario condurre un'analisi di proporzionalità, che stabilisca quale sia la sfera di intervento dello Stato e quali, d'altronde, ne siano i limiti, in modo da consentire una valutazione bilanciata fra gli interessi dell'investitore ed i fini pubblici che lo Stato si prefigge,

⁶⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁶ Sul punto vedi HIGGINS, cit. , p. 259.

⁶⁷ Vedi sul punto, il concetto di *spillover* utilizzato da NEWCOMBE, cit., p. 46 ss.

⁶⁸ Tale analisi deve essere accompagnata da un certo rigore in termini scientifici che consenta di legittimare l'azione statale rispetto all'obiettivo prefissato.

⁶⁹ Vedi sul punto *Waste Management v. Mexico (Case No. ARB(AF)/00/3)*, Award, April 30, 2004, par. 98.

⁷⁰ Sul punto vedi estensivamente SCHILL, KINGSBURY, cit., *passim*.

nell'ipotesi in cui essi si trovino in conflitto. Il criterio di proporzionalità risulta particolarmente utile, quando i trattati bilaterali d'investimento non utilizzano un linguaggio chiaro e precettivo rispetto ai *police powers*.

L'applicazione del criterio di proporzionalità risponde, fra l'altro, ad un esercizio di interpretazione in buona fede dei BIT. Si pensi all'oggetto ed allo scopo degli accordi bilaterali: il fine ultimo è quello di promuovere lo sviluppo economico e sociale, tramite la liberalizzazione degli investimenti ed un contesto normativo interno ed internazionale affidabile. Ammettere un'interpretazione delle norme pattizie che impedisca allo Stato di agire per il perseguimento di scopi pubblici essenziali, si porrebbe in netto contrasto con il perseguimento dello scopo del trattato stesso, in violazione dell'art. 31. c. I della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁷¹.

Il bilanciamento va inoltre effettuato secondo un criterio ben preciso. La valutazione di proporzionalità può infatti essere scomposta in tre sottoprincipi: il principio di idoneità, il principio di necessità ed il principio di proporzionalità *strictu sensu*.

Il primo tende a stabilire *in primis* se la misura statale persegue un interesse legittimo; in seconda battuta esso impone una relazione causale fra l'intervento programmato e l'obiettivo perseguito. Il principio di necessità esige, invece, che l'interprete valuti possibili alternative che siano meno incisive rispetto al diritto interessato, e che esse siano altrettanto effettive e ragionevolmente praticabili.

L'ultimo sottoprincipio prescrive, infine, all'arbitro di effettuare un bilanciamento fra gli effetti delle misure statali sugli interessi dell'investitore e l'importanza dello scopo pubblico – secondo un modello *cost-benefit* – attestando una serie di fattori, quali il grado di interferenza e la durata dell'interferenza della misura, per evitare il rischio che venga apposta una restrizione eccessiva rispetto ad un fine pubblico trascurabile⁷².

In questo senso pare utile richiamare la recente pronuncia *Tecmed v. Mexico*, che pur qualificando l'intervento statale quale espropriazione indiretta, ritiene necessario che: «*there must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measures*», sostenendo inoltre che un'eccezione ispirata all'esercizio dei *police powers* è perfettamente compatibile con le norme poste a protezione dell'investitore rispetto all'espropriazione: «*The principle that the State's exercise of its*

⁷¹ Sul punto vedi ad esempio NEWCOMBE, cit., p. 46 che ritiene che operazioni di investimento che favoriscono il sottosviluppo i rischi andrebbero totalmente posti a carico dell'investitore.

⁷² Sul punto vedi anche il modello proposto da YANNACA SMALL, cit., p. 22 e BERTOLI, CRESPI REGHIZZINI, cit. p. 38.

sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable»⁷³.

4. Simile ragionamento di proporzionalità può essere effettuato rispetto allo standard *del fair and equitable treatment*⁷⁴ (di qui in poi FET). Delimitare tale standard di trattamento, non è tuttavia, compito facile. Il FET soffre, infatti, di incertezza definitoria, sia per la generalità del concetto che per il differente linguaggio utilizzato in ciascun accordo⁷⁵. In linea di massima, il *fair and equitable treatment* è stato interpretato dai tribunali arbitrali come equivalente ad un criterio di stabilità e prevedibilità dell'ambiente giuridico e la protezione delle legittime aspettative dell'investitore⁷⁶. Queste ultime, in particolare, rappresentano il punto cruciale dello standard in esame rispetto alla legittimità delle misure regolatorie poste in essere dallo Stato.

Pur qualificando il concetto di *fair and equitable treatment* quale standard di trattamento unico – ed indipendente da *altri* standard di trattamento⁷⁷ – è necessario attribuire il corretto significato normativo agli aggettivi che compongono l'endiadi in esame.

Fair, in particolare, impone allo Stato di agire conformemente alle norme che regolano l'operazione di investimento, in maniera duplice: da un lato, lo Stato non deve violare i diritti garantiti all'investitore dal suo ordinamento interno o da una diversa legge applicabile designata dalle parti per la regolamentazione della loro relazione contrattuale; dall'altro, lo Stato ospite deve rispettare lo standard di trattamento imposto

⁷³ *Téchnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003 para 119,122.

⁷⁴ Sullo standard del *Fair and Equitable Treatment*, vedi in generale, DOLZER, SCHREUER, cit., p., FORTINO, MUSCHLINSKI, cit. p. 263; SORNARAJAH, cit. BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit. p. 39

⁷⁵ Il FET è suscettibile di ulteriore specificazione da parte dei tribunali, sul punto vedi in particolare WEIL, *The State, The Foreign Investor, and International Law: the No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2000, p. 402 ss; SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, in Schill (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, p. 151 ss.

⁷⁶ Vedi in particolare *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, par. 274. Cfr. anche *Occidental Exploration and Production Company (OPEC) v. The Republic of Ecuador* (UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467), Final Award of 1 July 2004, para. 183 e *Metalclad Corporation v. The United Mexican cit.*, para. 99

⁷⁷ Sul punto DOLZER, SCHREUER, cit., p. 133

dal diritto internazionale consuetudinario⁷⁸ e pattizio a protezione dell'investitore. *Equitable* si riferisce, invece, alla necessità che le norme vengano applicate tenendo in considerazione gli interessi di tutte le parti coinvolte⁷⁹. Un'interessante ricostruzione dottrinale riconosce nello standard in parola l'espressione ultima del principio della *rule of law*, da valutare secondo i criteri di stabilità e prevedibilità più sopra visti⁸⁰.

Come più sopra specificato, particolare importanza assumono nella valutazione del FET le legittime aspettative dell'investitore rispetto all'ambiente giuridico nel quale si svolge l'attività d'investimento. Perché queste possano essere ragionevolmente tutelate, è necessario che le aspettative si formino in capo all'investitore solo in seguito ad un preciso atteggiamento dello Stato, attraverso, *e.g.*, l'assunzione di obblighi specifici o il rilascio di permessi e licenze generalmente concessi a livello interno.

D'altro canto, il regime normativo che disciplina l'operazione d'investimento deve anche adattarsi alle necessità dello Stato. La protezione garantita all'investitore deve, infatti, costituire un bilanciamento fra stabilità, certezza e prevedibilità da un lato, e la regolamentazione del pubblico interesse dall'altro. Stabilità non è infatti sinonimo di paralisi normativa. L'investitore non può ragionevolmente aspettarsi che l'ambiente giuridico rimanga invariato e non soggetto ad alcun cambiamento, né tantomeno che ogni attività di regolamentazione imponga una compensazione⁸¹. Il tribunale arbitrale in *Saluka v. Czech Republic* ha infatti sollevato il rischio che un eccessivo affidamento al criterio delle *legitimate expectations*, rischierebbe di «*impose upon host States' [sic] obligations which would be inappropriate and unrealistic (..)*»⁸², rendendosi necessario un riferimento ad un criterio di proporzionalità che possa conciliare gli interessi delle parti.

Sul punto vale la pena ribadire che il la maggior parte dei BIT riconoscono negli investimenti uno strumento che favorisce lo sviluppo sostenibile e il benessere dello Stato ospite. Sembrerebbe dunque illogico aspettarsi che lo Stato debba compensare l'investitore per aver posto in essere misure che tutelino un medesimo scopo, proteggendo la comunità territoriale e l'ambiente da un esercizio pericoloso del diritto

⁷⁸ Sul rapporto fra *minimum standard of treatment* ed il FET nel diritto internazionale consuetudinario, vedi ampiamente *Ibid.*, p. 134 ss.

⁷⁹ CARREAU, JULLIARD, *Droit International Economique*, Parigi, 2010, p. 481 ss.

⁸⁰ SCHILL, ult. op. cit. p. 151.

⁸¹ Sul punto estensivamente SCHILL, ult. op. cit., KINGSBURY SCHILL, cit., p. 33 ss, BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit., p. 41 ss. Rispetto al corretto inquadramento delle *legitimate expectations*, vedi estensivamente CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2008, p. 351 ss.

⁸² *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, par. 302

di proprietà dell'investitore. Anche in questo caso, quindi, come per le misure espropriative, sarà necessario individuare il corretto equilibrio fra lo standard di trattamento enucleato nel FET e il legittimo esercizio dei *police powers* dello Stato. Se è vero che un sistema stabile e certo garantisce protezione all'investitore, esigere che vengano compensati interventi statali correttivi di attività rischiose potrebbe condurre ad un incremento delle operazioni di investimento dannose⁸³.

La *ratio* della tutela del FET dall'attività regolatrice dello Stato può rinvenirsi nel differente status riconosciuto all'investitore straniero all'interno dell'ordinamento giuridico di uno Stato ospite rispetto ad un suo cittadino. Così come già specificato in *Tecmed*, l'investitore straniero non può svolgere un ruolo formale nel processo decisionale dello Stato. Quest'ultimo potrebbe quindi risultare particolarmente vulnerabile all'attività statale, in quanto privo di una formale rappresentazione politica⁸⁴ ed in virtù del sacrificio di parte dei benefici derivanti dalla sua attività cui è sottoposto nel caso in cui decida di lasciare lo Stato ospite.

Seppure tali aspetti evidenziano la vulnerabilità degli investitori stranieri, il riferimento al criterio delle legittime aspettative va misurato in base al contesto. In altri termini, il solo richiamo a tale standard non esaurisce l'analisi di legittimità delle misure governative, ne rappresenta il solo punto di partenza⁸⁵. Il criterio di proporzionalità può quindi guidare l'interprete nel giudizio, calibrando il metodo alle diverse tutele garantite all'investitore.

La questione si risolve nella tensione fra i *police powers* dello Stato e la tutela delle posizioni giuridiche dell'investitore⁸⁶. Sul punto vale la pena sottolineare che l'allocatione dei rischi d'investimento non può essere assunta per intero dallo Stato; in altri termini quest'ultimo non può garantire contro tutti i possibili rischi derivanti dall'operazione d'investimento, che ontologicamente presenta un certo margine di pericolo. In *Parkerings v. Lithuania*⁸⁷, il tribunale ha statuito che: «*It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of*

⁸³ Così NEWCOMBE, cit. p. 46

⁸⁴ Estensivamente *Ibid.*, p. 48 ss.

⁸⁵ Nella prassi arbitrale per i tribunali che hanno effettuato una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità, vedi ampiamente *Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada* (UNCITRAL/NAFTA), Award on the Merits of Phase, 2 April 2001 e *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award of 19 August 2005. In dottrina, estensivamente, SCHILL, KINGSBURY, cit., p. 38 ss.

⁸⁶ Sul punto, CRESPI REGHIZZI, cit., p. 42

⁸⁷ *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*, Award, September 11, 2007, ICSID Case No. ARB/05/8, parr. 332-333.

an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of the legal environment»⁸⁸. Lo scopo dei trattati d'investimento è, infatti, quello di definire un ambiente giuridico che protegga l'investitore da azioni governative in contrasto con gli standard di trattamento da essi prescritti. Nel caso in cui la misura sia stata posta in essere *bona fide* e nel rispetto del principio di non discriminazione, il bilanciamento potrà avere luogo e dovrà essere condotto sulla fattispecie concreta di volta in volta sottoposta all'attenzione del tribunale.

5. Seppure l'ultima pronuncia possa ritenersi un'apprezzabile evoluzione nell'approccio dei tribunali arbitrali al rapporto che intercorre fra *police powers* degli Stati e tutela dei diritti dell'investitore, possono subentrare egualmente degli ulteriori elementi che incidono sul legittimo esercizio del potere regolatore dello Stato.

Il lodo richiamato parte, infatti, dall'assunto che non è possibile opporsi ad una modifica del sistema normativo domestico incorsa successivamente all'inizio dell'attività di investimento, *tranne che non sia stata concordata una clausola di stabilizzazione*. Allo stesso modo si esprime il tribunale arbitrale in *Methanex v. United States*: «[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government

⁸⁸ Nello stesso senso, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. Arb/97/7, Award, 13 November 2000, par. 64.

to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation»⁸⁹.

Le clausole di stabilizzazione sono generalmente contenute nei contratti di Stato. Anche nel caso di specie, lo scopo è quello di proteggere l'investitore dal rischio che le misure regolatorie del Paese ospite possano interferire con l'attività d'investimento disciplinata dal negozio.

A differenza dello standard di trattamento previsto a livello pattizio o consuetudinario, tali previsioni elevano il grado di tutela riconosciuto all'investitore, abbassando la soglia necessaria al fine di ottenere la compensazione per azioni governative, che ai sensi del diritto internazionale non avrebbero dato titolo a tale pretesa.

Tali clausole prevedono, in altri termini, un meccanismo di compensazione nel caso in cui venga modificato il *framework* normativo ed economico che disciplina l'attività descritta nel contratto e questo alteri la posizione dell'investitore⁹⁰. Le clausole di stabilizzazione presentano, quindi, un alto rischio per il perseguimento del pubblico interesse da parte dello Stato, veicolando una sorta di *regulatory chill*. Nell'ipotesi in cui lo *State Contract* contenga tali previsioni, lo Stato preferisce, infatti, assestarsi su livelli di tutela dei fini pubblici ben più inferiori, per non incorrere nel rischio di dovere corrispondere la compensazione all'investitore⁹¹. Ancor più grave risulta l'ipotesi in cui tali clausole godano della copertura di clausole ad ombrello⁹², con il risultato di rinforzare ulteriormente l'effetto giuridico ad esse riconnesso.

Se nel caso del FET e delle *regulatory expropriations* perché possa parlarsi di illegittimità dell'azione governativa è necessario che essa sia, rispettivamente, *unjust* o *unfair* o che determini una sostanziale privazione dei diritti dell'investitore, nel caso

⁸⁹ *Methanex v. United States*, cit., para 7.

⁹⁰ BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit., p. 47 ss.

⁹¹ Sul punto, COTULA, *Stabilization Clauses and the Evolution of Environmental Standards in Foreign Investment Contracts*, in *Yearbook of International Economic Law*, 2006, p.111 ss; STERN, *The Future of International Investment Law: A Balance between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate*, in SAUVANT (ed.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations Realities, Options*, Oxford 2011; PAASIVIRTA, *Internationalization and stabilization of contracts v. State Sovereignty*, in *British Yearbook of International Law*, 1989, p. 875 ss.; LEADER, *Human Rights, Risks and New Strategies for Global Investment*, in *Journal of International Economic Law*, 2006, p. 658 ss; KINSELLA, COMEAUX, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and Miga and OPIC Investment Insurance*, in *NY Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, p. 20 ss.; BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit. p. 43.

⁹² Sulle clausole ad ombrello vedi ampiamente nel capitolo successivo del presente lavoro. Fra le pronunce arbitrali vedi *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, December 8, 2003.

delle clausole di stabilizzazione, al contrario, è sufficiente una *qualsiasi* interferenza che innalzi i costi dell'operazione d'investimento.

Le clausole di stabilizzazione possono distinguersi, secondo quanto indicato dal *Report* condotto dall'*International Finance Corporation of the World Bank* e dall'*UN Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, esse possono essere classificate in tre categorie: a) *freezing clauses*, che congelano di fatto la legge applicabile al contratto al momento della conclusione del negozio e *limited freezing clauses*, che si estendono solamente ad alcune delle attività regolatorie dello Stato; b) *economic equilibrium clauses*, che esigono, sì, che l'investitore si conformi alle nuove norme introdotte, ma egli può pretendere il risarcimento dei costi di *compliance*; c) *hybrid clauses*, che potrebbero essere qualificate come prescrittive di una sorta di obbligo di *restitutio in integrum* a carico dello Stato o prendere la forma di clausole di esenzione dall'applicazione delle nuove norme introdotte nel Paese ospite⁹³.

Delle *freezing clauses*, in particolare, è stata data una particolare interpretazione in dottrina che le considera come previsioni in grado di incidere non tanto sulla competenza dello Stato di porre in essere legittime misure per il perseguimento di interessi pubblici, quanto sulla competenza dei giudici o degli arbitri di giudicare una determinata controversia secondo la legge applicabile in vigore al momento della lite⁹⁴.

In altri termini, introducendo una *freezing clause*, le parti alterano l'utilizzo della cornice normativa applicabile alle attività dell'investitore, sostituendola con un sistema di riferimento, composto da un insieme cristallizzato di norme che non hanno valore giuridico autonomo, né sono necessariamente in vigore al momento del sorgere della controversia⁹⁵.

Ci si è chiesti se simili previsioni possano considerarsi legittime. Secondo alcuni autori, le clausole di stabilizzazione si porrebbero in netto contrasto con la sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali⁹⁶.

D'altro canto, l'opposta tendenza dottrinale tende a rinvenire in tali previsioni l'esercizio e non la deroga della sovranità permanente, in quanto lo Stato è libero di determinarne le condizioni, potendone liberamente disporre⁹⁷.

⁹³ Altre categorie considerate potrebbero essere quelle delle Intangibility Clauses, o Consistency Clauses, sul punto BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit. p. 43.

⁹⁴ Sul punto MAYER, *Clauses de gel*, cit. , p. 87

⁹⁵ Nel caso in cui le clausole incidano sull'applicazione della legge applicabile in vigore al momento della controversia, MAYER, cit., p. 35, ha qualificato tali negozi come *contrat sans loi* p. 35

⁹⁶ SORNARAJAH, *The Myth of International Contract Law*, in *Journal of World Trade Law*, 1981, p. 187 ss.

La legittimità di tali clausole deriverebbe proprio dall'obbligo vincolante assunto liberamente dallo Stato in questa direzione. Sebbene sul punto si tornerà in seguito, vale la pena anticipare alcune considerazioni rispetto al ruolo dello Stato nella sottoscrizione degli *State Contracts*.

Lo Stato, infatti, pur ponendo in essere un atto a carattere privatistico, tramite la disciplina contrattuale dà rilievo ad interessi che non hanno esclusivamente natura commerciale. Il fatto che esso si trovi ad esercitare la propria competenza dispositiva non può consentirgli di ignorare altre valutazioni, legate, in particolare, al libero esercizio dei suoi *police powers*.

Lo Stato è un ente unitario. I suoi poteri dispositivi non possono collidere con gli obblighi cui esso è legato in quanto ente sovrano di natura pubblica. Simili considerazioni non possono essere escluse dalla disciplina contrattuale. La disposizione irreversibile dei propri poteri sovrani pare, dunque, a chi scrive illegittima; l'alienazione dei poteri sovrani dello Stato concretizza un oggetto impossibile in un contratto di diritto privato, e pertanto non suscettibile di essere transatto⁹⁸.

La tendenza della prassi arbitrale assegna tuttavia particolare rilevanza all'ipotesi in cui lo Stato abbia fatto all'investitore promesse in termini di stabilità della sua legislazione, sia rispetto a casi di espropriazione⁹⁹ che rispetto allo standard del *Fair and Equitable Treatment*¹⁰⁰. Nell'ultimo caso, in particolare, simili clausole possono incidere sul grado di *prevedibilità* di potenziali misure statali in grado di alterare l'attività d'investimento; la clausole di stabilizzazione, se presenti, plasmano evidentemente le legittime aspettative dell'investitore, incidendo sull'analisi di proporzionalità finora proposta.

6. Le operazioni d'investimento in larga scala sulla terra presentano alcuni profili di rilevanza rispetto al pieno operare del regime di libero scambio dei prodotti agricoli generati dall'attività di sfruttamento delle terre oggetto di transazione. Pare quindi utile

⁹⁷ Su tali questioni, vedi ampiamente Capitolo I presente lavoro. Cfr. anche LUZZATTO, *Illecito Internazionale*, in *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur di Roberto Ago*, vol.III, Milano, 1987, p.167 ss 174 s

⁹⁸ In alternativa, la clausola potrebbe considerarsi valida, utilizzando la teoria dell'effetto utile, fin quando essa non determini una totale cessione dei *police powers* statali. Sul punto ed in particolare sulla rilettura delle *stabilization clauses* alla luce degli obblighi in materia di diritti umani e ambiente vedi *infra*.

⁹⁹ Vedi in particolare, *In the Matter of Revere Copper and Brass, Inc.*, in *International Law Report*, 1980, 528 ss

¹⁰⁰ Sul punto, cfr. *Parking v. Lithuania*, cit., 94.

introdurre, seppur brevemente, una disamina degli strumenti principali in materia di diritto internazionale del commercio che contribuiscono a completare il quadro giuridico nel quale si inseriscono le operazioni di investimento, concentrando l'attenzione su quelle norme che esprimono specificatamente l'interazione fra i due settori, commercio e investimento, sempre più evidente nell'epoca odierna¹⁰¹.

Il *Trade-Related Investment Measures* (di qui in poi TRIMS)¹⁰² – adottato durante le negoziazioni dell'Uruguay Round – è l'unico strumento normativo in seno al quadro giuridico OMC ad occuparsi di investimenti e può considerarsi il primo tentativo multilaterale di regolare le restrizioni domestiche poste al flusso di investimenti esteri¹⁰³. Non si tratta, tuttavia, di un documento sistematico; i divieti riguardano solamente alcune fattispecie di *performance requirements*¹⁰⁴ imposti dallo Stato all'investitore, in grado di causare *trade-restrictive and distorting effects*, conformemente a quanto previsto dalle norme GATT e precisamente agli artt. III e XI.

All'accordo è annessa una lista illustrativa delle misure vietate, che non può tuttavia ritenersi esaustiva, lasciando evidentemente aperta la questione della corretta qualificazione delle misure non contemplate. Il TRIMS costituisce in larga parte la codificazione della giurisprudenza OMC in materia degli art. III e XI GATT. Le negoziazioni in seno all'Uruguay Round furono infatti stimulate da un *Panel Report* del 1984 e precisamente dal *FIRA Panel Report*¹⁰⁵, in cui per la prima volta il Panel giudicante ritenne applicabili le norme GATT a determinate misure in materia di investimento che furono ritenute incidere negativamente sul libero commercio.

¹⁰¹ Sul punto, estensivamente WEISS, *Trade and Investment*, in *The Oxford Handbook of International Trade Law*, GUZMAN (ed.), Oxford, 2007, p. 183 ss. Vedi anche KOULEN, *Foreign Investment in the WTO*, in NIEUWENHUYNS, BRUS (eds), *Multilateral Regulation of Investment*, The Hague, 2001, p. 183 ss., PICONE LIGUSTRO, cit. p. 221

¹⁰² Sull'accordo vedi ; BREWER, YOUNG, *Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Disputes*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 457; CURTISS, *Agreement on Trade-Related Investment Measures: A Five Years Review*, in *Comparative Yearbook of International Business*, 2003, p. 233 ss; WEISS, cit. p. 199 ss; SORNARAJAH, *The Law*, cit. p. 245 ss; NEUFELD, *Trade and Investment*, in *The Oxford Handbook on International Investment Law*, MUCHLISNKI, FORTINO (eds.), Oxford, 2012, p. 624 ss.

¹⁰³ CURTISS, cit. p. 233.

¹⁰⁴ Si tratta, in particolare, dei divieti in materia di restrizioni alle esportazioni ed all'imposizione di quote d'importazione. Va specificato che è stato possibile raggiungere l'accordo grazie al momento storico durante il quale si sono svolte le negoziazioni, corrispondente al *boom* neo-liberale; gli Stati ospite erano, infatti, interessati a massimizzare il contributo degli investimenti diretti esteri al loro sviluppo e ad ottenere liquidità in seguito alla crisi dei petrodollari.

¹⁰⁵ Il *Canadian Foreign Investment Act (FIRA)* imponeva sugli investitori esteri una serie di impegni di acquisto ed esportazione. Sebbene il GATT non contiene previsioni specifiche in materia di *purchase requirements*, il Panel ha ritenuto che le misure imposte dal governo canadese generassero comunque gli effetti distortivi proibiti ai sensi dell'art. III.4 del GATT. Report of the Panel, *L/5504*, adottato il 7 Febbraio 1984.

La lista illustrativa, in conformità a questo approccio, si riferisce esplicitamente all'imposizione di *local content requirements* (art.III.4 GATT), restrizioni di scambio e restrizioni all'esportazione (art. XI GATT), articolate rispettivamente secondo lo standard della nazione più favorita ed il divieto di imporre restrizioni quantitative¹⁰⁶.

Com'è evidente, il TRIMS, non fa altro che declinare quanto già previsto nel GATT, vietando le restrizioni poste dallo Stato in forma di obblighi agli investitori presenti sul proprio territorio, considerate particolarmente distorsive per il commercio.

Di conseguenza, non occupandosi dell'ammissione e del trattamento giuridico dell'investimento estero *per se*, il TRIM lascia aperta la questione dello status giuridico delle misure governative in materia di investimenti che, pur influenzando sul commercio (e la produzione) dei beni, non generano *direttamente* un effetto distorsivo. Escluse dal campo di applicazione del TRIM sono, quindi, anche altre forme di *performance requirements*, relative ad esempio alle sovvenzioni alle esportazioni regolate ai sensi del SCM, o agli impegni in materia di *transfer of technology* veicolati ad esempio, dall'istituzione di una *joint venture* con un'impresa locale¹⁰⁷.

Ai sensi dell'accordo TRIM, gli Stati membri hanno l'obbligo di comunicare le misure vietate vigenti nel loro ordinamento al *Council for Trade in Goods* ed eliminarle secondo uno schema temporale di due, cinque e sette anni rispettivamente per i Paesi sviluppati, in via di sviluppo e LDCs¹⁰⁸.

In merito al rapporto del TRIM con l'accordo sui *Subsidies and Countervailing Measures* (di qui in poi SCM) e l'art. III del Gatt, il Panel *Indonesia – Autos* ha chiarito rispetto ai primi due, che essi pongono diversi obblighi agli Stati membri, rendendosi contemporaneamente applicabili alla stessa misura governativa: se il SCM vieta la concessione di una sovvenzione *condizionata* all'esportazione o all'utilizzo preferenziale di prodotti domestici, il TRIM vieta *direttamente* l'imposizione di un obbligo ad utilizzare prodotti domestici¹⁰⁹. Nel caso dell'art. III GATT, poi, il *Panel* ha chiarito che l'accordo sulle misure in materia di investimenti detiene un'autonomia

¹⁰⁶ Sul punto WEISS, cit. p. 200

¹⁰⁷ L'accordo non definisce la nozione d'investimento. Le previsioni non sono dunque limitate ai soli investimenti *esteri*. Sul punto vedi Report of the Panel, *Indonesia – Certain Measures Affecting Automobile Industries*, WTO/DS64/R, adottato il 23 Luglio 1998. Il Panel ritenne, in particolare, che sebbene gli incentivi fiscali non fossero contemplati dal TRIM, la circostanza che essi fossero legati ad una serie di *local content requirement* li rendeva *trade-related* e soggetti al divieto di cui all'art. 3 del TRIM.

¹⁰⁸ Vedi art. 5 TRIM. Le misure comunicate sinora hanno riguardato generalmente i settori agricolo e autotrasporti.

¹⁰⁹ Report of the Panel cit. , rispettivamente para 14.50, 14.52, 14.60

esistenza giuridica. Se quindi, uno dei strumenti, per una qualsiasi ragione, non dovesse trovare applicazione, l'altro conserverebbe la sua piena applicabilità.

L'accordo è oggetto di un acceso dibattito fra i membri dell'OMC; in particolare i Paesi meno sviluppati ne sottolineano l'inadeguatezza rispetto alle differenze strutturali esistenti fra gli Stati parte; il TRIM impone, infatti, una serie di impegni uniformi per tutti i Membri¹¹⁰, senza considerare l'effetto positivo di alcuni *performance requirements* per lo sviluppo economico di tali Paesi e la necessità di invertire l'effetto negativo generato dal comportamento distorsivo di alcune imprese multinazionali.

La questione delle misure d'investimento distorsive per il commercio internazionale è stata tuttavia rimossa dall'agenda negoziale di Doha, per cui non sembrano prospettarsi prossime evoluzioni per il raggiungimento di un accordo multilaterale omogeneo e completo su altre misure di investimento che, seppure escluse dal campo di applicazione del TRIM, necessiterebbero di una espressa regolamentazione.

Altrettanto rilevanti sono le previsioni contemplate dall'accordo sulle sovvenzioni pubbliche e le misure compensative (SCM), rispetto, in particolare, agli incentivi agli investimenti nella misura in cui essi possano farsi rientrare nell'ampia definizione di sovvenzione e a condizione che essi incidano sul commercio di beni¹¹¹.

La definizione fornita all'art. 1 dell'accordo SCM qualifica come sovvenzione un *qualsiasi* contributo finanziario concesso dallo Stato o da un organo pubblico all'interno del proprio territorio¹¹².

Secondo quanto previsto dall'accordo, le sovvenzioni sono ripartite in sovvenzioni a) vietate e sovvenzioni b) passibili di azione legale¹¹³. Rispetto alla prima categoria, il SCM specifica che di esse fanno parte sia le sovvenzioni condizionate *ai risultati di esportazione*, che quelle condizionate *all'uso preferenziale di merci nazionali rispetto ai prodotti importati*. Trattandosi di sovvenzioni con un chiaro effetto distorsivo sul

¹¹⁰ Tranne l'obbligo di cui all'art. 5.

¹¹¹ Alla disciplina dell'accordo in esame saranno quindi soggetti solamente quegli incentivi concessi dallo Stato ospite alle imprese investitrici, se connessi direttamente con lo scambio o produzione di beni.

¹¹² L'art. 1 specifica, inoltre, quando ci si può ritenere in presenza di un contributo finanziario. La nozione accolta non viene tuttavia intesa in senso restrittivo, ossia esclusivamente legata al pagamento diretto di un sussidio alle imprese, al contrario la previsione è formulata in maniera tale da comprendere altre forme di aiuto più indirette. Sul punto, PICONE, cit., p. 239 ss. Sulla nozione di sovvenzione in generale vedi DI COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2009, p. 201 ss.

¹¹³ Precedentemente, le sovvenzioni erano ripartite secondo "il sistema del semaforo": sovvenzioni vietate (luce rossa); sovvenzioni passibili di azione legale (luce arancione) e sovvenzioni non passibili di azione legale (luce verde). La tripartizione si giustificava in base all'impatto distorsivo che tali misure esplicavano sul commercio internazionale, alle quali erano quindi connesse conseguenze giuridiche graduate. Sul punto vedi PICONE LIGUSTRO, cit. p. 241 ss; LUFF, *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Parigi, 2004 p. 493 ss; DI COMITE, cit. p. 202 ss.

commercio, per le sovvenzioni di tale categoria *non* è richiesta la prova del pregiudizio causato agli altri membri dell'OMC. D'altro canto, secondo il disposto dell'art. 3, tali misure devono essere condizionate *de iure* e *de facto* al raggiungimento degli obiettivi più sopra indicati¹¹⁴.

Perché possa parlarsi di sovvenzione all'*esportazione* non è, quindi, sufficiente che essa sia meramente accordata alle imprese esportatrici, è infatti necessario che tale misura¹¹⁵, sia, come detto, *condizionata* all'esportazione.

L'art. 3 non specifica, tuttavia, cosa debba intendersi con tale espressione. Secondo la pronunce dell'organo di appello¹¹⁶, il condizionamento non risiederebbe in un criterio giuridico, quanto, piuttosto, negli elementi di prova che consentono di individuare il nesso logico esistente fra la sovvenzione e l'esportazione. In particolare, sarebbe necessario che essa sia corrisposta con l'obiettivo di facilitare le esportazioni o di favorirle rispetto alle vendite sul mercato nazionale¹¹⁷. Deve sussistere, in altri termini, un criterio logico – a noi sembrerebbe piuttosto *teleologico* – fra l'aiuto e le esportazioni¹¹⁸.

L'individuazione del nesso causale non lascia quindi spazio ad alcuna presunzione¹¹⁹; la relazione di dipendenza non sarebbe che uno dei tre elementi necessari per provare la *contingency* di fatto: sono necessari a) la concessione di una sovvenzione, b) l'esistenza di esportazioni o di proventi derivanti dalle esportazioni effettivi o previsti ed, appunto, c) il nesso causale¹²⁰.

All'accordo in analisi, così come per l'accordo TRIMS, è allegato un elenco illustrativo delle sovvenzioni all'esportazione, che distingue, fra gli altri, tra incentivi fiscali e non fiscali. Anche la lista allegata al SCM ha prodotto una serie di problemi

¹¹⁴ In realtà l'art. 3 par. 1 lett. b). non specifica in maniera espressa rispetto alla seconda categoria di sovvenzioni la condizionalità *de facto*, tuttavia l'Organo di Appello ha interpretato tale ipotesi normativa in tal senso vedi il rapporto dell' Organo di Appello *Canada-Autos*, , WT/DS/139/DS142/AB/R, adottato il 19 Giugno 2000. Per una puntuale ricostruzione del caso vedi DI COMITE, cit., p. 204.

¹¹⁵ Vedi in particolare nota 4 dell'accordo SCM

¹¹⁶ Vedi in particolare Report of the Panel, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, WT/DS126/R, adottato il 25 Maggio 1999 e *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft – Recourse by Brazil to Art. 21.5 of the DSU*, rapporto dell'Organo di Appello WT/DS70/AB/RW, adottato il 21 Luglio 2000.

¹¹⁷ Così Report of the Panel *Canada – Aircraft*, par. 9.228

¹¹⁸ Relativamente al condizionamento *de jure* il *Panel Canada – Autos* ha chiarito che non è necessario che la norma nazionale preveda *expressis verbis* che la concessione sia subordinata ai risultati di esportazione.

¹¹⁹ Così era stato invece preventivato nel Report of the Panel *Canada – Aircraft*, sul punto vedi DI COMITE, cit. p. 209

¹²⁰ Rapporto dell'Organo di Appello, *Canada – Aircraft*, cit. par. 174..

interpretativi legati a quelle misure non incluse nell'elenco in parola ed, in particolare, rispetto alle eccezioni enumerate nella medesima lista¹²¹.

Rispetto alle sovvenzioni condizionate *all'uso preferenziale di prodotti interni rispetto a quelli importati*, di cui all'art. 3.1 lett. b) SCM valga solo qualche riflessione in merito al rapporto con l'art. III del GATT, relativo al divieto di trattamento difforme dei *like products* provenienti da un Paese terzo rispetto ai prodotti domestici.

In primis, può dirsi pacificamente che l'accordo SCM estende l'applicazione del principio di trattamento nazionale alle misure di sovvenzione sinora analizzate. Tuttavia, tale circostanza lascia aperta la possibilità di un eventuale conflitto fra le due disposizioni in analisi, così come evidenziato nel rapporto del Panel *Indonesia- Autos*. Nel caso di specie, però, il *Panel* – fornendo un'interpretazione piuttosto restrittiva di cosa debba intendersi per conflitto fra norme – ha ritenuto che l'art. 3.1 lett. b) SCM e l'art. III GATT non stabiliscono *mutually exclusive obligations*, ma anzi possono considerarsi disposizioni sostanziali, che perseguono il medesimo scopo sostanziale; di conseguenza le due norme possono trovare contemporanea applicazione¹²². La conclusione del *Panel* si pone in netto contrasto con quanto (correttamente) sostenuto, invece, dall'Indonesia che invocava, il principio di specialità dell'accordo SCM rispetto all'art. III GATT, ritenendo quindi applicabile l'eccezione prevista all'art. 27.3 del SCM. Ed in effetti, accedere ad un'interpretazione come quella fornita dal *Panel* può condurre ad una soluzione fuorviante. Il conflitto fra norme va valutato, infatti, non solo fra le disposizioni che impongono obblighi agli Stati, ma anche fra quelle che accordano un'eccezione rispetto alla norma che contempla il divieto. Il corretto rapporto fra i due strumenti andrà quindi valutato caso per caso, tenendo conto della specialità del SCM e delle deroghe previste dai due strumenti¹²³.

La seconda categoria disciplinata dall'accordo SCM riguarda le sovvenzioni *passibili di azione legale*, di cui all'art. 5, che costituiscono un settore residuale rispetto alle misure finora analizzate.

¹²¹ Per un'ampia analisi della prassi in questo senso vedi DI COMITE, cit. pp. 219 ss; LUFF, cit. p. 476 ss. Relativamente alle eccezioni è stato chiarito che solo le eccezioni previste nell'Allegato I possono essere invocate per escludere l'applicabilità del divieto di cui all'art. 3 par. 1 lett. a) del SCM.

¹²² In particolare vedi il Report of the Panel, al para 14.28

¹²³ Sul punto, estensivamente PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, 2003, p. 193 ss.

L'elemento qualificante della fattispecie in oggetto risiede nell'individuazione dell'*effetto* che tali misure devono produrre affinché esse siano sottoposte al controllo rimediale previsto dall'accordo¹²⁴.

Se le sovvenzioni della prima categoria, infatti, sono vietate *per se* – in quanto il *trade distorting effect* cui sono ricollegate è intrinseco nella natura stessa delle misure – le sovvenzioni passibili di azione legale sono proibite solo se in grado di produrre effetti pregiudizievoli per gli altri Membri dell'OMC¹²⁵, circostanza che assurge a requisito essenziale per la regolamentazione di tali misure.

Gli effetti pregiudizievoli indicati dalla disposizione di cui all'art. 5 sono tre e, per l'esattezza, il danno all'industria nazionale; l'annullamento o la compromissione di vantaggi derivanti direttamente o indirettamente dal GATT e il grave pregiudizio arrecato agli interessi di un altro membro¹²⁶.

Da ultimo è necessario specificare che l'accordo prevede(va)¹²⁷ un regime derogatorio a favore dei Paesi in via di sviluppo e dei membri la cui economia è in fase di transizione. In particolare ai sensi dell'art. 27 SCM è ammesso che le sovvenzioni possono svolgere una funzione essenziale per consentire la realizzazione di programmi di sviluppo economico dei Pvs. Rispetto alle sovvenzioni vietate, e fra queste quelle condizionate ai risultati delle esportazioni, i LDCs godevano di una esenzione totale; per i Pvs era invece prevista un'esenzione di un periodo massimo di 8 anni, soggetto a proroga¹²⁸.

In merito alle sovvenzioni passibili di azione legale, in seguito all'abrogazione della presunzione di pregiudizio per le ipotesi di cui all'art. 6.1 a vantaggio dei Pvs, il trattamento sembra essere il medesimo per i Paesi in via di sviluppo e i Paesi sviluppati.

¹²⁴ Art. 7 SCM.

¹²⁵ In particolare, l'art. 5 SCM definisce cosa si intenda per *adverse effect*; l'art. 6 individua i criteri per determinare l'esistenza di tale effetto pregiudizievole e l'art. 7 individua le possibili forme di tutela esperibili contro tali sovvenzioni. Tali norme vengono definite in dottrina *effect-based norm*, sul punto interessante quanto segnalato da PICONE LIGUSTRO, cit. pp. 176 e 238 rispetto ai divieti condizionati; secondo gli autori, tale espressione si riferisce a a schemi normativi che non interdiscono *in toto* le misure in questione (di per se perfettamente legittime), ma incidono sulle modalità d'applicazione, per neutralizzare le possibili ripercussioni negative sul commercio internazionale, sul punto vedi anche BÉNITAÏ, *The Law of Subsidies under Gatt-WTO System*, The Hague, 2001. Vale la pena anticipare sin d'ora che gli artt. 5 e 6 escludono dall'ambito di applicazione dell'Accordo SCM i prodotti agricoli, il cui trattamento è disciplinato dall'Accordo sull'Agricoltura.

¹²⁶ Interessante quest'ultima ipotesi a conferma di quanto già sottolineato in merito alla funzione interpretativa del SCM rispetto alle norme del GATT, ed in particolare rispetto all'art. XVI par. 1, che contempla il rischio di un grave pregiudizio. La nota 13 allegata all'accordo SCM specifica, infatti, che la nozione è utilizzata nell'art. 5 con lo stesso significato.

¹²⁷ La vigenza del regime derogatorio va valutato nel caso concreto rispetto alla categoria cui appartiene il singolo Stato e le eventuali deroghe concesse dal Comitato SCM.

¹²⁸ Proroga concessa fino al 2015 a sedici Pvs sulla base di una decisione del Consiglio Generale.

Tuttavia l'art 27.9 continua a prevedere un'ipotesi di favore per i Pvs. Nei casi diversi da quelli elencati nel paragrafo 1 dell'art. 6 dell'accordo SCM, infatti, non è possibile per gli altri membri accedere ai rimedi previsti dall'art. 7 contro i Pvs che abbiano implementato tali misure distorsive, a meno che a) non si possa constatare un danno all'industria nazionale nel mercato dello Stato importatore o b) vengano impedito le importazioni di un *like product* nel mercato del Paese sovvenzionante. Lo scopo, in altri termini, è quello di evitare che i Pvs con tali misure impediscano agli altri membri di esportare nei loro mercati.

Particolarmente rilevante ai nostri fini è stata l'adozione dell'Accordo sull'Agricoltura¹²⁹ (di qui in poi AoA) in seno all'Uruguay Round, il cui obiettivo era quello di liberalizzare il mercato agricolo, impegnando gli Stati a ridurre progressivamente le misure di sostegno interno e sovvenzioni all'esportazione dei prodotti agricoli. L'Accordo sull'Agricoltura introduce appieno la "questione agraria" nelle regole del commercio internazionale, che era fino a quel momento rimasta ai margini dell'applicazione delle norme del GATT. Sebbene il processo di liberalizzazione agricola vincoli i PVS con una diversa graduazione rispetto ai Paesi industrializzati, le misure in materia di riduzione al sostegno interno e le strategie di assistenza allo sviluppo, orientate prevalentemente al rafforzamento del settore d'esportazione, hanno in realtà spinto i Paesi meno avanzati ad importare prodotti alimentari dal mercato internazionale, generando in essi una forte dipendenza. La produzione agricola domestica ha, quindi, subito una progressiva erosione, determinando l'abbandono delle zone rurali. La premessa neoliberista dell'abbassamento dei prezzi agricoli sul lungo periodo, grazie all'accrescimento della concorrenza internazionale, non ha, fralaltro, condotto ai risultati sperati.

La crisi del 2007-2008 ne è piena manifestazione: l'innalzamento dei prezzi ha arrecato seri danni in termini di approvvigionamento alimentare a carico dei Paesi importatori netti di prodotti agricoli, a cui i correttivi e le concessioni approntate nel quadro del Protocollo di Marrakech e dalla "Decisione sulle misure relative ai possibili effetti negativi del programma di riforma sui Paesi in via di sviluppo meno avanzati importatori netti di prodotti alimentari" non hanno posto rimedio. Va, infine, rilevato

¹²⁹ Per un'ampia disamina dell'accordo, vedi fra gli altri DESTA, *The Law of International Trade in Agricultural Products, From Gatt to the WTO Agreement on Agriculture*, The Hague, 2002; CARDWELL, GROSSMAN, RODGERS, *Agriculture and International Trade, Law Policy and the WTO*, Cambridge 2003; O'CONNOR, *Agriculture in WTO Law*, London, 2007; MCMAHON, GEBOYE DESTA (eds), *Research Handbook on the WTO Agriculture Agreement*, Northampton, 2012.

che i negoziati avviati con la Dichiarazione di Doha del 2001 per la revisione degli accordi sulla liberalizzazione dei prodotti agricoli non ha ancora condotto alla riforma degli strumenti vigenti¹³⁰

Considerata la rilevanza di tale accordo pare, quindi, utile ripercorrere le previsioni normative di interesse per le operazioni di investimento in larga scala sulla terra.

Vista la delicatezza della materia, non stupisce che l'accordo rappresenti un compromesso (imperfetto e temporaneo¹³¹) fra l'interesse al libero scambio e le preoccupazioni associate ai cosiddetti *non-trade concerns*, ispirati alla multifunzionalità dell'agricoltura¹³². Per la stessa ragione non è dato riscontrare nell'accordo obblighi di stretta natura prescrittiva. Esso infatti contiene norme programmatiche ed impegni di riduzione – graduati in base al grado di sviluppo di ciascuno Stato – per tre diversi specifici pilastri: a) l'accesso al mercato, b) le misure di sostegno interno e c) le sovvenzioni all'esportazione. Non essendo presenti alcuni obblighi specifici a carico degli Stati, per capire quali siano gli impegni assunti da un singolo Membro sarà,

¹³⁰ Sul punto, PICONE, LIGUSTRO, cit., p. 149 ss; DESTA, *The Law of International Trade in Agricultural Products*, The Hague, 2002; PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005; MURPHY, *Trade and Food Reserves: What role does the WTO play?* in *Institute for Agriculture and Trade Policy Papers*, 2010. Sugli effetti della globalizzazione agricola sulla tutela del diritto al cibo vedi RITCHIE, Dawkins, *WTO Food and Agricultural Rules: Sustainable Agriculture and the Human Right to Food*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 2000, p. 9 ss; DISTEFANO M., *La globalizzazione agricola tra esigenze di liberalizzazione degli scambi e tutela dei diritti umani*, in *Liber Amicorum in onore di Paolo Picone* (a cura di LIGUSTRO, SACERDOTI), Napoli, 2011, p. 301 ss.; MURPHY, *Land Grabs and Fragile Food Systems: The Role of Globalization*, in *Institute for Agriculture and Trade Policy Paper*, 2013.

¹³¹ L' Art. 20 dell' AoA fa esso stesso riferimento alla necessità di continuare il processo di riforma, prestando particolare importanza (c) ai *non-trade concerns*, così come articolati nel preambolo ed alla necessità dei Paesi in via di sviluppo. Per una recente disamina sullo stato delle negoziazioni di Doha e le tendenze espresse rispetto ai *non-trade concerns* vedi estensivamente CARDWELL, SMITH, *Renegotiation of the WTO Agreement on Agriculture: Accomodating the New Big Issues*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 865 ss; vedi anche SMITH, *Food Security and International Agricultural Trade Regulation: old problems, new perspectives*, in *Research handbook on the WTO Agriculture Agreement*. Che le negoziazioni portino ad un diverso equilibrio rispetto a quello che traspare dalle previsioni dell' AoA pare più che auspicabile; l'accordo era stato, infatti, negoziato in un momento di surplus produttivo, per cui la necessità era quella di evitare il dumping dei prodotti agricoli. La situazione attuale, inaugurata dalla crisi del 2007-2008 è invece caratterizzata da una preoccupante penuria alimentare.

¹³² Per multifunzionalità può intendersi l'attitudine alla versatilità di una certa attività economica, in grado di soddisfare una moltitudine di obiettivi sociali, tanto rispetto ai prodotti che l'attività è in grado di generare, quanto rispetto alle proprietà specifiche del processo di produzione di un singolo prodotto. Sulla multifunzionalità dell'agricoltura vedi, fra gli altri, GROSSMAN, *Multifunctionality and Non-Trade Concerns*, in *Agriculture and International Trade*, p. 85 ss; CARDWELL, *The Place of Multifunctional Agriculture in World Trade*, in *Agriculture in WTO Law*, cit., p. 379 ss; ID. *Stretching the boundaries of multifunctionality? An evolving Common Agricultural Policy within the World Trade Legal Order*, in *Research Handbook on the WTO Agriculture Agreement*, cit., p. 272 ss; DISTEFANO M., cit. p. 302 ss; SMITH, *Multifunctionality and Non-Trade Concerns in the Agriculture Negotiations*, in *Journal of International Economic Law*, 2000; p. 707 ss.; VANZETTI, WYEN, *The "Multifunctionality" of Agriculture and Its Implications for Policy*, in INGCO, NASH (eds.), *Agriculture and the WTO: creating a trading system for development*, The World Bank, 2004, p. 167 ss

quindi, necessario fare riferimento alle *Schedules of Commitments* di ciascun Paese e, segnatamente, alla parte IV di tali liste di concessioni, al cui rispetto gli Stati sono vincolati ex art. II par. 1 del GATT 1994¹³³.

Prima di procedere ad una disamina delle disposizioni dell'AoA, è necessario individuarne previamente il campo di applicazione. L'accordo non si estende infatti ai prodotti agricoli *tout court*. Questi ultimi sono elencati in maniera esaustiva (e dunque non suscettibili di estensione) nell'Allegato I dell'accordo e sono generalmente ricondotti ad una logica di sostanziale prossimità alla matrice agricola¹³⁴. Si trovano, però, esclusi materiali quale il legno o la gomma e i prodotti minerali, cui continuano ad applicarsi le norme previste dal SCM; la lista include, tuttavia, prodotti quali alcuni tipi di vegetali destinati all'utilizzo farmaceutico e prodotti come salsicce, cioccolata o pane, che non sono evidentemente prodotti direttamente collegati con la matrice agricola. Il problema è particolarmente serio rispetto ai combustibili vegetali, che, pur qualificandosi come prodotti agricoli in virtù della loro forma ed origine, potrebbero rientrare fra i prodotti industriali in virtù del loro utilizzo finale¹³⁵, con la conseguenza che al *food-crop based fuel* potrebbe essere riconosciuto un trattamento di favore, nonostante l'impatto negativo a livello ambientale che gli è già stato attribuito¹³⁶.

Le misure oggetto di impegno di riduzione relative all'accesso al mercato si concretizzano, essenzialmente, nel ridimensionamento delle restrizioni imposte alle entrate di prodotti esteri nel mercato interno dello Stato. La presunzione di fondo è che, a meno che un Membro non sia obbligato ai sensi di un accordo commerciale, questi tenterà sempre di proteggere i propri agricoltori da prodotti importati ad un prezzo inferiore¹³⁷.

L'unica restrizione ammessa nell'Accordo e precisamente ai sensi dell'art. 4.2 è la tariffa, in quanto considerata la più trasparente fra le misure statali.

¹³³ Regole più dettagliate erano previste nell'*Agreement on Modalities for the Establishment of Specific Binding Commitments Under the Reform Programme* del 1991. Queste ultime non furono mai tradotte nel testo di un accordo, ma si rivelarono particolarmente utili nelle trattative relative agli impegni di riduzione ed alle singole concessioni.

¹³⁴ Per una critica alla lista vedi CARDWELL, SMITH, cit. p. 875.

¹³⁵ Sul problema delle *flex crops and commodities*, vedi ampiamente capitolo II del presente lavoro.

¹³⁶ Vedi capitolo II del presente lavoro, in virtù dell'impatto ambientale generato da tali combustibili, l'Unione Europea ha ridotto gli obblighi introdotti con la Direttiva Energia. Sulla compatibilità della politica europea in materia di biocombustibili rispetto alle norme WTO, vedi MCMAHON, *EU Biofuels Policy – Raising the question of WTO Compatibility*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 713 ss.

¹³⁷ In questo senso vedi CARDWELL, SMITH, cit., p. 877.

Gli Stati si impegnano tramite l'AoA a sottoporre le misure non-tariffarie all'importazione ad un processo di *tarifficazione*, obbligandosi, ulteriormente, a ridurre il livello di imposizione secondo uno schema temporale anch'esso contenuto nelle *Schedule of Commitments*. Sebbene le proposte principali in termini di riforma si assestino sui tagli asimmetrici delle tariffe – in particolare rispetto alle aree particolarmente protezioniste (vedi EU) –, può riscontrarsi una rinvigorita attenzione al problema della sicurezza alimentare, per quanto già *supra* indicato¹³⁸.

Secondo quanto previsto nelle *Revised Draft Modalities*, le nuove previsioni dovrebbero contemplare l'introduzione di una categoria di *special products* – su indicazione dei singoli Stati in via di sviluppo¹³⁹ – i quali non rimarrebbero pienamente soggetti, in termini percentuali, agli obblighi di riduzione previsti per le altre tariffe. I prodotti, in particolare, dovrebbero possedere un valore aggiunto per lo sviluppo rurale dei piccoli agricoltori o lo sviluppo di altre attività legate al medesimo prodotto¹⁴⁰. Seppure limitante in termini di liberalizzazione commerciale, una simile proposta risponde alla necessità di includere appieno considerazioni relative alla tutela sicurezza alimentare ed allo sviluppo rurale in materia di scambi commerciali, sostituendo l'approccio “produttivo” con una prospettiva socioeconomica rispondente alle necessità sollevate dalla crisi alimentare dell'ultimo decennio.

In merito alle altre due ipotesi regolate dall'AoA, ed in particolare gli impegni in materia di sostegno interno e le sovvenzioni in funzione delle esportazioni è opportuno valutare previamente cosa si intenda con il termine “sovvenzione” nell'Accordo in esame. L'AoA non definisce, infatti, il concetto di sovvenzione, costringendo l'interprete ad effettuare una ricostruzione sistematica che consenta di marcare i limiti dell'ambito di applicazione dell'accordo¹⁴¹.

Il Panel e l'Organo di Appello si sono riferiti estensivamente alla nozione prevista all'art. 1 dell'Accordo SCM, rifacendosi ai criteri del contributo finanziario e del vantaggio¹⁴². Le diverse pronunce hanno, tuttavia, specificato che seppure in linea di

¹³⁸ SMITH, cit., p. 52 ss.

¹³⁹ Si tratta di prodotti che presentano un grado di multifunzionalità particolarmente elevato nel Paese di riferimento.

¹⁴⁰ Sulla proposta, estensivamente CARDWELL, SMITH, cit., p. 879

¹⁴¹ Nell'accordo, è in effetti presente una norma – e precisamente l'art. 1 lett. e) – che chiarisce cosa debba intendersi per *export subsidies*, limitandone, tuttavia, la rilevanza normativa alle sole sovvenzioni condizionate ai risultati d'esportazione, senza specificare il significato della nozione di sovvenzione. Rimane, quindi, la necessità di colmare tale lacuna definitoria ed individuare il giusto significato da attribuire al concetto.

¹⁴² Rapporto dell'Organo di Appello, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS/103/DS113/AB/R, adottato il 27 Ottobre 2009, par. 87. In

principio una misura qualificabile come sovvenzione ai sensi dell'art. 1 SCM possa ritenersi tale anche per quanto previsto nell'AoA, la definizione fornita nell'accordo sui sussidi non può ritenersi *direttamente* applicabile all'accordo sull'agricoltura; non è, infatti, possibile escludere *a priori* che il termine “*subsidy*” sia usato nell'AoA con un significato diverso rispetto a quanto previsto nel SCM. È dunque necessario utilizzare particolare cautela nell'estendere tale standard¹⁴³. L'estensione, inoltre, è particolarmente sconsigliata rispetto a quanto esplicitamente previsto dall'art. 9 par. 1 dell'Accordo sull'agricoltura, che elenca in maniera espressa una serie di misure che rientrano nella nozione di *export subsidy* ai sensi dell'AoA.

Il problema più delicato si riscontra rispetto alle misure di sostegno interno. Secondo parte della dottrina, l'art. 1.1 SCM non sarebbe utilizzabile ai sensi dell'AoA per i *domestic support commitments*. Non è dato, infatti, rinvenire il termine “*subsidy*” in alcuna delle previsioni relative a tale pilastro. L'art. 6 AoA, inoltre, fornisce una puntuale previsione di quelle misure che possono essere qualificate “aiuti al sostegno interno”, che presentano evidentemente un campo di applicazione più limitato rispetto a quanto previsto dal SCM. Si tratta di un problema interpretativo di non poco conto, considerata la scadenza della clausola di pace e la questione della possibile estensione dell'art. 1.1. SCM anche a tali misure di aiuto¹⁴⁴.

Le misure di sostegno interno sottoposte ad impegni di riduzione sono solo quelle che presentano un effetto particolarmente distorsivo sugli scambi commerciali. In particolare, in virtù di tale requisito, l'accordo distingue fra diverse categorie: quelle consentite e quelle soggette ad obblighi di riduzione. La categorizzazione effettuata secondo il costume OMC suddivide tali misure in *amber box*, *blue box*, *green box* ed, in aggiunta, la regola *de minimis*. Le misure soggette ad impegni di riduzione (*amber box*) sono calcolate in base alla misura aggregata di sostegno (MAS); in altri termini, gli Stati

dottrina vedi, DISTEFANO M., *Soluzione delle Controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 87 ss; DI COMITE, cit. p. 384 ss; DESTA, cit., p. 150 ss; Kireeva, O'Connor, *The Agreement on Agriculture and Dispute Settlement*, in O'CONNOR, cit., p. 91 ss.

¹⁴³ Sul punto vedi rapporto dell'Organo di Appello *United States – Tax Treatment for “ Foreign Sales Corporations ”*, WT/DS108/AB/RW/2, adottato il 14 Marzo 2006, par. 7.150.

¹⁴⁴ In questo senso sembra interessante quanto specificato da recente dottrina, secondo cui l'art. 1.1 del SCM nel caso di misure al sostegno interno non è tanto utile ad individuare il campo di applicazione dell'AoA, quanto a determinare il rapporto fra i due accordi. Al contrario, nel caso dei “*subsidies*” all'esportazione, la norma del SCM aiuterebbe l'interprete ad individuare l'ambito di applicazione dell'accordo sull'agricoltura. Sul punto, DI COMITE, cit., p. 385. In merito alla possibilità che le misure di sostegno interno che assumono le caratteristiche definite dall'art. 1.1 SCM sottostiano al regime giuridico di quest'ultimo accordo e siano dunque sottoposte alle forme di controllo e rimedio da esso previsto, vedi CHAMBOVEY, *How the Expiry of the Peace Clause (Art. 13 of the WTO AoA) Might Alter Disciplines on Agricultural Subsidies in the WTO Framework*, in *Journal of World Trade*, 2002, p. 305 ss.

rientreranno nei loro obblighi se la MAS annuale totale non eccede il livello di impegni previsti nella parte IV delle liste di concessione. In merito alle misure *esenti* dagli impegni di riduzioni è necessario distinguere quelle rientranti nella soglia *de minimis*, la cosiddetta *blue box*¹⁴⁵, le misure che rientrano in un ambito di programma di sviluppo rurale dei Pvs e la *green box*.

In merito alla prima, gli Stati non saranno costretti a computare al calcolo della MAS il sostegno fornito ad un determinato prodotto se esso non supera il 5% del valore totale di produzione di un singolo prodotto o se non supera la produzione agricola totale del 5 %. Per i Pvs, il limite è del 10 %.

La terza ipotesi, prevista all'art. 6.2 AoA ed estremamente rilevante ai nostri fini, riguarda le esenzioni concesse alle misure statali di assistenza diretta e indiretta orientate a promuovere lo sviluppo agricolo e rurale di un Pvs.

Esse contemplano in particolare: 1) le sovvenzioni agli investimenti previsti per l'agricoltura¹⁴⁶ 2) sovvenzioni all'acquisto fattori agricoli 3) misure dirette ad incoraggiare colture alternative rispetto alle piantagioni destinate alla produzione di stupefacenti.

Da ultimo le misure rientranti nella *green box* sono totalmente esenti da impegni di riduzione, a condizione che tali aiuti non abbiano un effetto distorsivo sugli scambi o sulla produzione. I criteri perché tali misure siano esonerate sono due: il sostegno deve essere concesso nel quadro di un programma statale finanziato con risorse pubbliche e non implicante trasferimenti sui consumatori ed, inoltre, esse non devono avere per effetto il sostegno dei prezzi a favore dei produttori¹⁴⁷. Nel caso in cui le misure di sostegno soddisfino tali criteri è comunque necessario che esse rispondano a determinati obiettivi prefissati nell'Allegato II all'AoA, in particolare la tutela della sicurezza alimentare.

Rispetto alle sovvenzioni all'*esportazione* dei prodotti agricoli, va sottolineato che in virtù di quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 3 e 6 del SCM, e 13 AoA, esse non sono sottoposte ad un divieto espresso.

¹⁴⁵ Nella *blue box* sono compresi i pagamenti diretti concessi nell'ambito di programmi finalizzati alla riduzione della produzione agricola. Considerate le circostanze economiche al momento attuale, una delle ipotesi avanzate in seno alle negoziazioni è la necessità di rivedere tale previsione alla luce della scarsità di produzione agricola. Sul punto, SMITH, CARDWELL, cit., p. 882 ss.

¹⁴⁶ La norma non specifica se si tratti di investimenti diretti esteri o meno.

¹⁴⁷ Allegato II accordo agricoltura

Tali misure sono, al contrario, e conformemente alla *ratio* ispiratrice dell'accordo, soggette ad impegni di riduzione, tradotti anche in questo caso nelle liste proprie di ciascuno Stato, ai sensi dell'art. 9 AoA.

La ricostruzione degli obblighi per ciascun singolo Membro non è facile operazione. Gli stati potrebbero, infatti, avere assunto determinati impegni di riduzione solo rispetto ad alcuni dei prodotti agricoli compresi nell'ambito di applicazione dell'accordo; gli impegni di riduzione *espressi* riguardano, inoltre, solamente le misure previste all'art. 9 dell'AoA.

I regimi giuridici cui sono sottoposte le misure di aiuto dei diversi prodotti saranno quindi variabili: nel caso di *scheduled products*, gli Stati potranno adottare sovvenzioni rientranti nell'art. 9 in misura degli impegni stabiliti; per gli *unscheduled products*, i membri sono soggetti ad un obbligo espresso di non concedere sovvenzioni. Rispetto, infine, alle sovvenzioni *diverse* da quelle elencate all'art. 9, l'art. 10 chiarisce che queste non potranno essere applicate in maniera tale da eludere gli impegni assunti conformemente all'articolo precedente.

L'art. 9.1 contempla, in particolare, le sovvenzioni *dirette*, fra le quali possono annoverarsi i pagamenti in natura, finalizzati ai risultati d'esportazione; i pagamenti all'esportazione di prodotti agricoli; le sovvenzioni finalizzate a ridurre i costi di commercializzazione e le sovvenzioni ai prodotti agricoli condizionate alla loro incorporazione in prodotti da esportare¹⁴⁸.

Sul punto sia sufficiente specificare, come già anticipato, che la il *Panel* e l'Organo di Appello tendono ad interpretare in maniera autonoma la portata delle previsioni di cui all'art. 9.1 rispetto alla disposizione di cui all'art. 1 dell'accordo SCM¹⁴⁹. Se, infatti, la i due organi hanno ritenuto possibile estendere la definizione di sovvenzione di cui all'art. 1 SCM alle fattispecie di cui all'art. 9.1. lett. a)¹⁵⁰, la stessa operazione interpretativa non è stata ritenuta compatibile con la previsione di cui all'art. 9.1 lett. c) che, costituendo una forma tipica di sovvenzione, non rende necessario un previo esame sull'esistenza o meno del requisito del vantaggio¹⁵¹.

Per la medesima ragione, l'organo di Appello ha, poi, chiarito che *non* è necessario valutare che i *payments on the export* – al contrario di quanto previsto dalla lett. a) del

¹⁴⁸ Per una puntuale ricostruzione vedi DI COMITE, p. 394 ss.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 398.

¹⁵⁰ Secondo quanto specificato dall'Organo d'Appello, infatti, è sempre necessario verificare per questo tipo di misure la presenza di entrambi gli elementi costitutivi richiesti dall'art. 1 SCM ed in particolare la concreta attribuzione di un vantaggio. Così, *Canada – Dairy*, cit. para 90.

¹⁵¹ Vedi sul punto, Rapporto dell' Organo di Appello, *EC – Sugar*, cit. par 269.

1.1 SCM siano condizionati ai risultati d'esportazione,. L'unico criterio da soddisfare sarà quindi il mero collegamento alle esportazioni¹⁵².

7. Dopo avere analizzato, seppur brevemente, le principali previsioni contenute negli accordi commerciali multilaterali, pare utile cercare di capire se le operazioni di investimento in larga scala sulla terra possano, da un lato, porsi in violazione delle disposizioni di cui sopra e se, dall'altro le norme WTO consentano di apporre dei correttivi all'impatto negativo sulla sicurezza alimentare generato dall'esecuzione dei contratti d'investimento.

In primis, vale la pena ricordare che non potrà individuarsi un unico regime giuridico applicabile, considerata l'eterogeneità dei prodotti e la diversa destinazione d'uso cui sono finalizzati¹⁵³.

In secondo luogo, sembra opportuno distinguere la posizione giuridica dei Paesi d'origine da quella dei Paesi ospite delle singole operazioni d'investimento.

In merito ai primi, infatti, è già stato osservato come essi siano particolarmente attivi nell'incentivare tali operazioni di esternalizzazione agricola, sia tramite misure di sostegno diretto (crediti alla produzione), che tramite una serie di alleggerimenti fiscali alle importazioni dei prodotti originati dalla produzione previamente esternalizzata. Va aggiunto, inoltre, che molte delle società coinvolte sono imprese pubbliche, oggetto di specifiche previsioni restrittive negli accordi commerciali in analisi¹⁵⁴.

La prima norma a venire in evidenza è, certamente, la clausola della nazione più favorita. In altri termini, ai sensi dell'art. 1 GATT, se lo Stato d'origine accorda ai beni prodotti dall'*outsourcing company* una qualsiasi misura di privilegio o immunità – ivi compreso l'allocation preferenziale di quote di importazione, riduzione di tasse o

¹⁵² Sul punto *Report of the Panel, EC- Sugar*, cit., para. 7.525. Rispetto all'applicabilità dell'art. 3.1 lett. b) dell'Accordo SCM alle forme di sostegno interno all'agricoltura e dell'art. 3.1 lett. a) alle sovvenzioni all'esportazione dei prodotti agricoli vedi estensivamente DI COMITE, cit., p. 418 ss. Sia sufficiente specificare che rispetto alle forme di sostegno interno ed alle sovvenzioni passibili di azione legale, di cui all'art. 6 del SCM, in seguito alla scadenza della clausola di pace, potranno ritenersi ammissibili solo le misure pienamente conformi all'AoA, che non siano condizionate all'uso preferenziale di prodotti interni rispetto ai prodotti importati o che causino grave pregiudizio agli altri membri dell'OMC. Rispetto alle sovvenzioni all'esportazione, sembrerebbe legittimo immaginare l'ipotesi che l'Accordo SCM sia applicabile esclusivamente alla parte della sovvenzione concessa in eccesso rispetto ai limiti previsti nelle *schedules* degli Stati membri e la pacifica applicabilità dell'accordo SCM alle ipotesi non soggette agli impegni di riduzione degli Stati.

¹⁵³ Sul punto vedi estensivamente capitolo II del presente lavoro.

¹⁵⁴ Vedi quanto previsto dalla nota 4 dell'Accordo SCM.

tariffe¹⁵⁵ e facilitazione delle procedure doganali –, quest'ultimo si porrà in violazione di quanto previsto ai sensi della norma richiamata.

In particolare, il divieto è posto non solo rispetto all'importazione di beni provenienti da un altro Stato membro dell'OMC; esso vale anche nel caso in cui i prodotti provengano da un Paese non parte, considerata la lettera della norma che stabilisce che il principio della *Most Favoured Nation* si applica al trattamento riservato a *qualsiasi* altro Stato.

Rispetto alle sovvenzioni concesse dagli Stati d'origine alle società di propria nazionalità per la produzione esternalizzata di prodotti agricoli, è necessario effettuare una specificazione.

L'accordo SCM all'art. 1 stabilisce, infatti, che una sovvenzione può ritenersi esistente quando (i) lo Stato o un organo pubblico concedono un contributo finanziario *all'interno del proprio territorio*, e (ii) tale contributo veicola un vantaggio. La norma non chiarisce, tuttavia, se il beneficio debba anch'esso manifestare i propri effetti all'interno dello Stato e se le attività produttive beneficiarie debbano essere intraprese nei confini del territorio statale¹⁵⁶.

In questo senso, né l'art. III del GATT, né quanto previsto dall'AoA vengono in aiuto; infatti, tali previsioni si riferiscono rispettivamente a *domestic producers* ed a *domestic support to production*, consentendo di interpretare la nozione di *domestic production* in maniera versatile.

I *domestic producers* potrebbero essere considerati agricoltori che svolgono attività di produzione nei confini dello Stato sovvenzionante, ma, allo stesso tempo, come produttori operanti all'interno del paese, che esternalizzano una parte della catena produttiva; anche il *domestic support* potrebbe, dunque, essere interpretato come supporto concesso alla produzione realizzata nei confini dello Stato o supporto concesso all'interno dello Stato per un'attività svolta all'estero.

Di conseguenza, andranno valutati nel caso concreto, gli effetti generati dalla misura di aiuto posta in essere dallo Stato alla luce della *ratio* di ogni singola norma, al fine di

¹⁵⁵ A meno che esse non siano consentite ai sensi dell'*Enabling Clause* del *Generalized System of Preference*

¹⁵⁶ CHOI, *WTO Rules and Agricultural Development Cooperation between Developed and Developing Countries*, *Conference Draft for the Law and Development Institute Inaugural Conference in Sydney, Australia, October 2010*, 2010, p. 4 ss.

stabilire se ci si trovi in presenza di misure di sostegno al mercato interno o di sovvenzioni all'esportazione¹⁵⁷.

In particolare, considerata la prassi degli Stati di concedere credito alle imprese domestiche che esternalizzano la produzione, condizionando la concessione del vantaggio all'esportazione verso il Paese d'origine, troverebbe piena applicazione il divieto di sussidi alle esportazioni di cui all'art. 3.1. (a) dell'Accordo SCM. Nel caso in cui il prodotto sia incluso nel campo di applicazione dell'AoA e inserito negli impegni di riduzione del Paese di riferimento troveranno applicazione gli artt. 9.1. e 10 dell'Accordo sull'agricoltura. Nel caso in cui invece la misura venisse qualificata come *domestic support*, essa dovrà comunque rientrare nel calcolo del MAS del Paese d'origine, per non essere soggetta agli impegni di riduzione.

Rispetto ai Paesi ospiti degli investimenti, sembra utile distinguere per ragioni sistematiche, le misure già adottate rispetto alle operazioni di investimento in analisi – per valutarne la compatibilità con il regime giuridico esistente – e quelle che invece potrebbero essere adottate per correggere l'impatto negativo di tali operazioni sul territorio.

In primis quanto detto per la clausola MFN in merito agli Stati d'origine, vale anche per gli Stati ospite, nel caso in cui questi ultimi concedano ai prodotti esportati dal proprio territorio un trattamento favorevole rispetto a quello regolarmente previsto..¹⁵⁸

Rispetto alle sovvenzioni all'esportazione, pare utile specificare che è raro riscontrare nei contratti di acquisto o affitto della terra misure di esenzione dei prodotti ivi coltivati, che siano effettivamente *condizionati* all'esportazione. Mancherebbe, in altri termini, il nesso teleologico necessario per l'applicazione degli artt. 3.1 SCM e 9.1. lett. a) dell'AoA.

Troveranno, quindi, applicazione le previsioni in materia di sovvenzioni passibili di azione legale, nel caso in cui sia possibile verificare che essi apportino un serio pregiudizio, nel caso dell'accordo SCM, e che non siano poste in essere al fine di eludere gli impegni di riduzione previsti per le misure elencate nell'art. 9 AoA.

Nel caso dell'Accordo SCM, è presente tuttavia una clausola di salvaguardia per i Pvs. Ai sensi dell'art. 27.9, infatti, i Pvs godono di un'*esenzione totale* per le misure diverse da quelle previste ai sensi dell'art. 6.1, a meno che non sia possibile dimostrare

¹⁵⁷ Sul punto CHOI, cit., p. 12.

¹⁵⁸ La clausola vale anche per l'importazione di macchinari necessari alla produzione, non necessariamente rispetto ai prodotti finiti per se.

che esse siano pregiudizievoli per l'industria di uno Stato importatore o impediscano le importazioni di un like product nel Paese sovvenzionatore. Andranno quindi dimostrate le condizioni previste dal combinato disposto degli articoli in parola.

Vale la pena, inoltre specificare che, rispetto ai prodotti agricoli, gli impegni di riduzione in materia di sostegno interno alla produzione godono di una particolare disciplina esonerativa. Ai sensi dell'art. 6.2 AoA, infatti, le forme di aiuto sia dirette che indirette concesse nell'ambito di programmi di sviluppo rurale – compresi sussidi all'investimento o agli *imput* produttivi – sono escluse dai generali impegni di riduzione previsti dall'art. 6 AoA. Rispetto a tale previsione, pare tuttavia difficile riuscire ad immaginare come essa possa essere utilizzata dagli Stati per sottrarsi alla disciplina generale. Qualificare le operazioni sinora descritte come progetti di sviluppo rurale non sembra una via praticabile; non si vede, infatti, dove sia il vantaggio per lo sviluppo dello Stato ospite.

Vale la pena, ora, esaminare brevemente quali potrebbero essere le misure che lo Stato ospite potrebbe implementare per deviare il decorso negativo di tale fenomeno. Lo Stato ospite potrebbe, *e.g.*, imporre al produttore una serie di *performance requirements*, che lo obblighino, ad esempio, a destinare una parte della produzione al mercato alimentare interno, o ad utilizzare prodotti e macchinari di fattura domestica.

Come visto, tuttavia il TRIMS impedisce allo Stato di imporre simili obblighi alle imprese produttrici, perché contrari al divieto del *local content requirement* disciplinato dall'art. XI del GATT e dell'art. III del medesimo accordo, nell'ipotesi in cui lo Stato ospite, per raggiungere il medesimo risultato, imponga un trattamento sfavorevole ai prodotti importati necessari all'attività d'impresa.

Assecondando la stessa ratio, l'art. 3.1. lett. b) dell'accordo SCM vieta allo Stato ospite di concedere sovvenzioni condizionate all'uso preferenziale di prodotti interni.

I *performance requirements* utilizzabili dallo Stato ospite saranno quindi limitati *e.g.*, a possibili previsioni in materia di *technology transfer* o l'obbligo di costituire una *joint ventures* con un'impresa nazionale per la produzione di tali prodotti.

Rispetto ai prodotti agricoli, gli Stati ospite potranno, quindi, imporre una restrizione temporanea alle esportazioni solo se si verificano le condizioni previste dall'art XI GATT par. 2.1, nel caso in cui sarà possibile dimostrare il permanere una situazione di crisi alimentare.

Le previsioni relative alle misure di supporto domestico di cui all'AoA saranno soggette, invece, ad un rilassamento prescrittivo nel caso in cui le misure di aiuto siano

implementate al fine di garantire la sicurezza alimentare, tramite l'accumulazione pubblica di riserve alimentari, ai sensi di quanto previsto all'art. 3 Annesso II dell'AoA.

De iure condendo, sembra quindi lecito sperare che le previsioni brevemente descritte vengano correttamente riformate¹⁵⁹, per accomodare ulteriormente le necessità sopravvenute in termini di sicurezza alimentare in un momento di seria crisi produttiva ed evitare derive speculative del mercato delle terre.

8. È stato fin qui delineato il quadro normativo internazionale all'interno del quale si inseriscono le operazioni d'investimento in larga scala sulla terra. Prima di passare all'analisi delle questioni di teoria generale che regolano i contratti d'investimento, sembra utile procedere a qualche breve ragionamento rispetto a quegli accordi che disciplinano la specifica operazione di investimento, ma sono conclusi direttamente fra Stati.

L'interessante profilo interpretativo riguarda, quindi, la corretta qualificazione di tali accordi, se essi, in altri termini, possano configurarsi quali trattati internazionali o, al contrario, contratti aventi natura prettamente privatistica. La soluzione non può certo dipendere dalla descrizione dell'accordo fornita dalle parti; in entrambi i casi, infatti, quest'ultima farebbe propendere per il trattato.

Va specificato che l'art. 2 a) della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969 definisce il trattato come un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e *regolato dal diritto internazionale*, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione. Tali non potranno essere qualificate quindi le transazioni commerciali disciplinate da una o più leggi nazionali¹⁶⁰, che andranno trattate alla stregua di contratti privati.

L'analisi andrà quindi effettuata sulla base delle clausole contrattuali. *Nulla quaestio*, dunque, se l'accordo¹⁶¹ specifichi esattamente quale sia la legge nazionale applicabile al contratto. Gli Stati godono infatti di piena libertà nel sottoporre i loro accordi ad una clausola di scelta di legge applicabile¹⁶².

¹⁵⁹ Per una qualche proposta in questo senso vedi paragrafo precedente

¹⁶⁰ Sul punto vedi CRAWFORD, cit. p. 369, TREVES, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, Milano, 2005; FITSMAURICE, *The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 2003 p. 168.

¹⁶¹ Come si vedrà più avanti per la convenzione Mali Libya

¹⁶² Sul punto estensivamente, MANN, *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, in *British Yearbook of International Law*, 1979 p. 38.

La possibilità che due soggetti di diritto internazionale possano concludere contratti di diritto privato allo stesso modo di altri soggetti di diritto, sottoponendo il negozio all'ordinamento interno di un determinato Stato pare, infatti, un'ipotesi ammissibile. Già Brierly, primo Relatore Speciale della Commissione di Diritto Internazionale per l'elaborazione di un progetto di convenzione per la codificazione del diritto dei trattati; riferendosi alla locuzione "governato dal diritto internazionale", sottolineava che: «*it is possible for international persons to contract, in the same manner as other categories of persons, under domestic law. And transactions of a private law nature do not acquire the characteristics of treaties merely because the parties thereto are international persons*¹⁶³».

Tuttavia, sebbene tale posizione sembri godere di ampio consenso¹⁶⁴, ambigua ed estremamente fluida rimane la linea di demarcazione fra trattato e accordo fra Stati non disciplinato dal diritto internazionale, e l'individuazione delle conseguenze derivanti dalla sua violazione¹⁶⁵.

Diversi criteri sono stati proposti in dottrina per distinguere i due strumenti. *In primis* la forma dell'atto; un simile parametro tuttavia, non pare possa apportare utilità alla distinzione, considerata l'identità delle parti nel caso di specie ed una generale affinità nella struttura dell'atto. La forma potrebbe, tutt'al più, fornire una presunzione rispetto alla concreta qualificazione dell'accordo.

¹⁶³ UN Doc. A/CN.4/23: *Report by J. L. Brierly, Special Rapporteur in Yearbook of the International Law Commission*, 1950, p. 222.

¹⁶⁴ Sebbene la possibilità che un altro ordinamento diverso dal diritto internazionale trovi applicazione per accordi conclusi tra Stati sembra non trovare opposizioni in seno alla Commissione (vedi però le dichiarazioni di Gros, Ago e Yassen in *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, II, p. 52 ss.), resta tuttavia aperta la questione del fondamento di tali accordi, che secondo alcuni membri continuerebbe a trovare legittimazione nel diritto internazionale, così ROSENNE, *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, II, p. 60.

¹⁶⁵ Neanche le pronunce di giurisprudenza interna o internazionale sembrano aver apportato chiarezza alla distinzione in esame. Vedi ad esempio *Diverted Cargoes Award (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 10 Giugno 1955, in *International Law Report*, p. 820 ss. Nel caso in parola, il Presidente Cassin si limita ad affermare che «*CONSIDÉRANT que l'Accord du 11 février 1942 est un accord international d'ordre financier intervenu entre deux Etats en tant que sujets du droit international et se rapporte directement aux conséquences d'une guerre menée en commun par eux contre une tierce puissance; qu'à ce titre il est incontestablement régi par le droit international (Cour permanente de Justice internationale de La Haye, 12 juillet 1929, A, nos 20-21) (deux arrêts), et non par le droit interne de l'un quelconque des Etats en cause, fût-ce, en particulier, par la jurisprudence propre à l'un ou l'autre concernant les prises maritimes ou les réquisitions; qu'ainsi le litige né des divergences d'interprétation relatives à l'exécution d'un tel accord doit être tranché sur la base du droit international*», senza tuttavia argomentare in maniera specifica in merito al criterio posto a fondamento di tale qualificazione. Allo stesso modo, fra le pronunce dei giudici interni si alternano affermazioni categoriche o argomentazioni confuse, vedi ad es. *Tribunal Administratif de Paris, Soc. européenne d'études et d'entreprises c. Etat français*, 10 Febbraio 1970, in cui secondo il giudice della controversia, semplicemente «*tel accord n'est pas un traité*».

La dottrina¹⁶⁶ riconosce poi un' ulteriore metodo di distinzione nella *competenza* dei soggetti che sottoscrivono l'accordo; la natura dipenderà, in altri termini, dal carattere della competenza, se interna o internazionale, attribuita all'organo pubblico dal suo ordinamento interno. Anche in questo caso, tuttavia, il criterio non può che costituire una presunzione rispetto alla qualificazione dell'atto. La sola competenza del firmatario non è, infatti, indicativa della natura del contenuto materiale prescrittivo del negozio.

Nella stessa direzione, Anzilotti¹⁶⁷, pur discostandosi dall'idea della competenza dell'organo, assegna particolare rilevanza alla *qualità* del firmatario, valore fondamentale per la distinzione fra trattato e contratto. Secondo tale criterio andrebbero distinti i piani di azione sui quali agisce lo Stato: in altri termini quando lo Stato agisce in qualità di soggetto di diritto internazionale, anche un accordo avente ad oggetto un prestito di danaro rileva in quanto trattato, diversamente, invece, se esso agisce quale soggetto di un determinato ordinamento interno. La distinzione si presta, tuttavia, ad una serie di obiezioni, legate alla diversificazione che una simile ricostruzione inevitabilmente genera, in particolare rispetto alla separazione dello Stato persona internazionale dallo Stato soggetto "interno" all'ordinamento, dualismo che frammenta un unico soggetto in persona privata e pubblica, con le conseguenze aberranti che ne derivano¹⁶⁸.

Ancora, numerose ricostruzioni dottrinarie accolgono una distinzione fondata sull'*oggetto* o la *natura* degli obblighi in esame; secondo tali posizioni nel caso in cui l'accordo disciplini una materia *objet de souveraineté*¹⁶⁹, esso potrà esser qualificato come trattato¹⁷⁰.

La dicotomia trova fondamento nella distinzione fra accordi commerciali e trattati politici, dei quali solo gli ultimi andrebbero considerati quali propri trattati internazionali, in quanto il contenuto delle obbligazioni in essi contemplate esprime l'esercizio della sovranità statale, riflesso della potestà pubblica. La distinzione non dà tuttavia contezza del motivo per il quale la sovranità dello Stato debba esplicarsi solo

¹⁶⁶ Cfr. DUPUY R.J., *La coopération regionale transfrontalière et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 1977, p. 849 ss., secondo cui il criterio andrebbe ricercato nel "*domaine d'intervention de l'accord*".

¹⁶⁷ ANZILOTTI, *Cours de droit international*, III edizione, Parigi, 1929, p. 341 ss.

¹⁶⁸ Sulla difficoltà di ammettere una simile distinzione, vedi VERHOEVEN, cit. p. 18 ss.

¹⁶⁹ Così LORD MCNAIR, *The Law of Treaties*, Cambridge, 1961 p. 4 ss; VON LISZT, *Le droit international*, Parigi, 1913, IX edizione, p. 169; WENGLER, *Voelkerrecht*, 1964, p. 241 ss; JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Law, in the Past Third of a Century*, in *Recueil des Cours*, 1978 I, p. 134.

¹⁷⁰ MAYER, *Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung)*, in FOUCHARD, KAHN ET. AL. (dirs.) *Études offertes à B. Goldman*, Parigi, 1982, p. 199 ss.

nell'esercizio dei "*droits de souveranité*", per tali intendendosi quei poteri esclusivi dello Stato che originano dalla potestà pubblica¹⁷¹, riprendendo la (poco praticabile) distinzione fra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*; una simile soluzione non pare quindi accettabile, anzi, è proprio la *pienezza* dei poteri sovrani dello Stato che non consente di distinguere agilmente i trattati dai contratti conclusi fra gli Stati¹⁷².

Sul punto basti rilevare che negli ordinamenti interni, il diritto privato dei contratti presenta una certa evoluzione in termini contenutistici; la convenzione di Vienna, al contrario, regola esclusivamente la volontà di convenire, mentre nulla prescrive in merito al contenuto degli obblighi pattizi. Le parti sono infatti libere di regolare tramite trattato *qualsiasi* materia.

Considerato che il contenuto materiale del negozio non può fungere da adeguato criterio distintivo, si potrebbe sostenere che la differenza fra i due atti è da ricercare nell'oggetto *giuridico* piuttosto che nell'oggetto *materiale* dell'accordo. Una simile argomentazione implica la necessità che esso trovi appiglio in un ordinamento giuridico specifico, in assenza del quale la giuridicità del contenuto materiale degli obblighi contemplati rimane priva di senso¹⁷³.

Anche in questo caso, tuttavia, risulta assai difficile sostenere che tale ragionamento possa regolare la distinzione fra trattato e contratto.

Se è vero che ciascun ordinamento giuridico presenta delle caratteristiche ad esso proprie, è anche vero che il medesimo contenuto materiale può essere sottoposto a valutazioni giuridiche appartenenti all'uno o all'altro sistema normativo, seppur diverse e produttive di diversi effetti. Il ragionamento va, infatti, invertito: è la sottoposizione di un atto ad un ordinamento giuridico che ne definisce l'appartenenza, non è il contenuto giuridico ad indicarla *ex ante*¹⁷⁴. Tale approccio non è, pertanto, in grado di spiegare per quale motivo un certo accordo vada sottoposto all'uno o all'altro ordinamento.

Le conseguenze della qualificazione di un accordo si riflettono sulla disciplina degli obblighi in esso presenti, che varierà in base all'ordinamento giuridico che lo regola. Il

¹⁷¹ Così anche BATTIFOL, in *Revue Critique du Droit International Privé*, 1956, p. 301.

¹⁷² Basti fare riferimento alla sconfinata prassi in materia di trattati commerciali, *governati dal diritto internazionale*.

¹⁷³ L'esempio generalmente fornito a sostegno di questa tesi riguarda gli accordi in materia di confini. La presunzione è che essi non possano che qualificarsi come trattati, in quanto i confini presentano un significato giuridico proprio solo nel diritto internazionale.

¹⁷⁴ Vedi VERHOEVEN, cit. p. 23, secondo cui gli Stati sarebbero liberi di concludere un accordo in materia di confini tramite un contratto di cessione, regolato dal diritto interno. La sola conseguenza che ne deriverebbe, sarebbe l'impossibilità di garantire a tale negozio l'inviolabilità che il diritto internazionale riconosce ai trattati di frontiera, in quanto da esso *direttamente* regolati; tale circostanza non ne alternerebbe, tuttavia, automaticamente la natura di contratto.

fatto che il trattamento giuridico di un atto dipenda dal sistema normativo cui esso è sottoposto non contribuisce, però, a definirne la natura; come detto, esso ne è, al contrario, una logica conseguenza.

Data la difficoltà di individuare un criterio oggettivo di distinzione, la maggiorparte della dottrina¹⁷⁵ ravvisa nella volontà delle parti il criterio distintivo che consente di attribuire ad un determinato accordo la qualificazione di trattato o contratto, sia l'intenzione tacita o espressa.

In assenza di una volontà espressa – e se la ricostruzione dell'intenzione tacita della parti si rende altrettanto improduttiva –, l'interprete potrebbe trovarsi nuovamente nell'impossibilità di stabilire *a priori* la natura dell'accordo. Ci si interroga allora sull'opportunità di preferire l'individuazione di una volontà implicita o piuttosto procedere ad una localizzazione *oggettiva* dell'atto, con l'aiuto dei criteri più sopra individuati. Quest'ultima ipotesi va, tuttavia, considerata con estrema prudenza. La rinuncia dello Stato alle proprie prerogative sovrane, non può che costituire una circostanza eccezionale. Privilegio essenziale dello Stato è che le relazioni giuridiche che esso intrattiene con enti eguali vengano regolate dal diritto internazionale (che egli stesso ha contribuito a produrre) piuttosto che sottoporsi alla regolamentazione di un altro ordinamento giuridico interno, ma diverso dal proprio¹⁷⁶.

Anche i contratti privati conclusi dagli Stati, andranno esaminati alla luce dell'intera cornice normativa ad essi applicabile, compresi i BIT e le norme di diritto internazionale consuetudinario, che contribuiscono a regolare alcuni aspetti della transazione. Come nel caso degli *State contracts*, tuttavia, la semplice violazione di un obbligo contrattuale non implica la responsabilità internazionale dello Stato *tout-court*, tranne nei casi già visti in precedenza. Simile considerazione ha ancora più valore nel caso di specie. Se il rapporto fosse qualificabile come un trattato, infatti, l'inadempimento di qualsiasi clausola negoziale consentirebbe di invocare la responsabilità dello Stato inadempiente¹⁷⁷.

In generale, vale la pena sottolineare che la prassi che si è sviluppata in materia di investimenti e commercio internazionale ha contribuito a rendere la linea di confine fra i campi di applicazione “elettivi” – e definiti tuttavia a aprioristicamente – del diritto

¹⁷⁵ Così VERHOEVEN, cit. p. 24 ss, ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, Oxford, 1974, p. 14; estensivamente FITZMAURICE, cit. p. 87; JIMENEZ DE ARECHAGA, cit. p. 37.

¹⁷⁶ Sul punto, VERHOEVEN, cit. p. 76.

¹⁷⁷ Tale profilo risulta estremamente rilevante, si pensi ad esempio agli effetti della guerra sulla piena vigenza dei trattati.

internazionale pubblico e del diritto privato estremamente flessibile¹⁷⁸. Uno stesso contratto, come visto, può essere regolato contemporaneamente da entrambi gli ambiti, seppure per diversi aspetti. Essi tendono quindi a sovrapporsi ed a pervadersi, generando di conseguenza un sistema eterogeneo di responsabilità statale che può sorgere intorno allo stesso rapporto.

Seppure tali questioni verranno ampiamente analizzate in seguito nel presente lavoro, vale la pena anticipare alcuni profili. In particolare, è fondamentale distinguere i profili di responsabilità internazionale dello Stato che possono sorgere relativamente all'operazione d'investimento.

Accedendo al ragionamento più sopra effettuato, lo Stato potrebbe infatti incorrere in responsabilità internazionale se *violasse* il contratto stipulato con l'investitore effettuando un'espropriazione indebita dei diritti riconosciuti in capo a questo, o se violasse gli standard di un BIT. D'altro canto lo Stato potrebbe incorrere in responsabilità internazionale per avere eseguito il contratto o per averlo semplicemente stipulato, nel caso in cui dalla semplice sottoscrizione di esso si producano immediatamente effetti che pongono il Paese in violazione di norme internazionali, relative ad esempio alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente.

Sezione Seconda

9. L'analisi della prassi contrattuale risulta fondamentale al fine di comprendere pienamente la portata del fenomeno. Come già accennato nel presente lavoro, il contratto rappresenta, infatti, lo strumento giuridico principale che veicola e regola le operazioni d'investimento sulla terra in larga scala, la loro esegesi risulta dunque utile al fine di comprendere come i termini negoziali consentano il prodursi degli effetti già delineati in precedenza.

La qualificazione dei contratti di riferimento risulta un'operazione estremamente delicata, considerata in particolare la natura dei soggetti coinvolti nelle transazioni e il contenuto degli accordi: la portata degli obblighi descritti nel contratto non è infatti di facile individuazione. Molti aspetti, pur fondamentali nell'ottica dell'ampiezza

¹⁷⁸ In questo senso già MANN, ult. op. cit. p. 45 ss.

dell'operazione d'investimento non vengono disciplinati, con il risultato che trasferimenti o affitti di cospicua entità destinati alla produzione agricola per la realizzazione di coltivazioni in larga scala vengono regolati da clausole brevi e da impegni vaghi. Tuttavia, seppure essi siano particolareggiati, è l'equilibrio economico-contrattuale complessivo che la transazione genera a dover essere valutato.

Gli accordi sulla terra sono, poi, come è stato possibile osservare, generalmente inseriti in una cornice negoziale più ampia, che comprende ulteriori contratti ed altri strumenti di diritto internazionale che si occupano di aspetti correlati alla transazione e che contribuiscono a determinare la portata degli obblighi delineati nei contratti d'investimento¹⁷⁹. Di conseguenza, prima di analizzare i singoli contratti presi in considerazione nel presente lavoro, è necessario valutare previamente quali siano le questioni generali coinvolte in tali negozi, al fine di chiarire come si intersecano i diversi livelli normativi nell'esecuzione, interpretazione e inadempimento dei contratti in parola.

10. I contratti conclusi fra uno Stato di destinazione ed un investitore straniero, sia esso un privato o una persona giuridica, vengono generalmente definiti contratti di Stato¹⁸⁰.

¹⁷⁹ COTULA, *Land Deals, What's in the Contracts?* IIED 2012, p. 7 ss.

¹⁸⁰ La letteratura in materia di contratti di Stato è particolarmente vasta, vedi tra gli altri, JENNINGS, *State Contracts in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1937; AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967; WEIL, *Droit international et contrats d'États*, in *Le droit international: Unité et Diversité. Mélanges offertes à P. Reuters*, 1980, p. 549 ss.; LALIVE, *Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, Développements récents*, in *Recueil des Cours*, 1980, p. 9 ss.; BOWETT, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, in *British Yearbook of International Law*, 1988, p. 49 ss.; MANIRUZZAMAN, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 309 ss.; SORNARAJAH, *International Commercial Arbitration, The Problem of State Contracts*, Cambridge 1990, p. 3 ss.; ID., *The Problem of Foreign Investment Disputes, The Hague*, 2000, p. 223 ss.; UNCTAD, *State Contracts, International Investment Agreement Issues Paper Series*, 2004; LEBEN, *La théorie du contrat d'État*, in *Recueil des Cours*, 2004 p. 201 ss.; DOUGLAS, *The International Law on Investment Claims*, Cambridge, 2009, p. 38 ss.; SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge 2010, p. 281 ss.; VOSS, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden, 2011, p. 14 ss.; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Cambridge 2012, p. 30 ss. Contratti che presentano simili caratteristiche vengono spesso definiti diversamente in base al contesto economico o politico nel quale operano, fra le più frequenti terminologie "Economic Development Agreement", "foreign investment contract" "international investment agreement". Va inoltre aggiunto che per alcune tradizioni giuridiche, ed in particolare quella francese, il concetto di "contratto di Stato" solleva una serie di problematiche a causa della distinzione che esse effettuano tra Stato persona giuridica internazionale e Stato quale ente amministrativo, sulla distinzione vedi LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'État*, *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 629 ss.; ID. *Les Contrats d'Etats*, in *Recueil des Cours*, 2005 p. 345ss; estensivamente, LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, Parigi, 2005.

Tale definizione¹⁸¹, non dà conto però di ulteriori aspetti propri di tali negozi giuridici che contribuiscono a caratterizzarne la fattispecie.

Proprio per le sue peculiarità, il contratto di Stato può essere considerato uno strumento ibrido: il doppio ruolo svolto dallo Stato quale parte negoziale e legislatore sovrano¹⁸² ha reso la regolamentazione di tali contratti particolarmente controversa.

In primo luogo¹⁸³, è da sottolineare che la durata degli obblighi contrattuali contemplati negli *State Contracts* è, in genere, particolarmente estesa e che tali accordi riguardano principalmente settori dell'economia pubblica interamente controllati dallo Stato o dall'entità pubblica che sottoscrive il negozio¹⁸⁴.

Come nei casi di specie, l'oggetto contrattuale è, infatti, generalmente rilevante per l'interesse pubblico dello Stato, che conclude l'accordo al fine di promuovere lo sviluppo economico di un determinato settore¹⁸⁵.

In secondo luogo, il contratto mira strutturalmente alla protezione degli interessi di entrambe le parti, comprese, evidentemente, le pretese commerciali del privato nei confronti dello Stato. Tale coesistenza è destinata a generare una tensione fra esigenze

¹⁸¹ UNCTAD, *State Contracts*, cit. p. 13

¹⁸² SHAN, *General Report on Protection of Foreign Investment*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2009, p. 448 ss.

¹⁸³ In generale, i contratti d'investimento che abbiano ad oggetto la gestione o lo sfruttamento delle risorse naturali sono considerati meritevoli di particolare tutela, vista l'estrema rilevanza di tale settore per l'esistenza stessa dello Stato nella sua componente territoriale, come si è cercato di dimostrare nel primo capitolo del presente lavoro. Vista una simile circostanza, molti autori ritengono, infatti, che simili contratti, qualsiasi tipo contrattuale essi integrino, debbano contenere delle disposizioni che garantiscano allo Stato di esercitare pienamente la propria sovranità, senza rischiare di contravvenire agli obblighi contrattuali. Vedi ad esempio la proposta di COTULA sulla redazione di una clausola di stabilizzazione rispettosa di tale criterio relativamente al principio dello sviluppo sostenibile, COTULA, *Rethinking Investment Contracts through a sustainable development lens*, in *Natural Resources and the Green Economy*, BLANCO, RAZZAQUE (eds.), Leiden, 2012. Si ritiene inoltre, come si vedrà in seguito *infra*, che il principio di sovranità degli Stati sulle risorse naturali – e le competenze regolatorie ad esso inerenti – possa informare in maniera incisiva l'interpretazione di prescrizioni pattizie contenute nei BIT e già analizzate nella sezione precedente del presente capitolo quali “*public purpose*” o “*necessity and emergency*” secondo il metodo più sotto proposto.

¹⁸⁴ Sul punto vedi SORNARAJAH, *International Commercial*, cit. p. 241, secondo cui simili contratti presentano un'incoerenza ontologica, dovuta alla loro doppia rilevanza, commerciale e pubblica, che impone la necessità di sacrificare, in taluni casi, la certezza delle aspettative commerciali disciplinate dall'accordo, nell'ipotesi in cui esse non corrispondano più all'interesse pubblico dello Stato.

¹⁸⁵ La rilevanza pubblica di tali contratti, che si riflette, in numerose occasioni, nell'adozione dell'accordo previa autorizzazione parlamentare e nella presenza di clausole contrattuali che introducono una serie di *performance requirements* a carico dell'investitore. I *performance requirements*, in particolare, integrano determinate condizioni imposte all'investitore per l'ammissione dell'investimento o il godimento di determinati benefici (in termini di sgravi fiscali o sussidi finanziari); come abbiamo avuto modo di vedere, si tratta in genere di previsioni in materia di trasferimento di tecnologia, contingentamento alle esportazioni del prodotto realizzato tramite l'attività di investimento o l'assunzione di un certo numero di lavoratori. Sebbene l'imposizione di simili requisiti possano rappresentare un vantaggio per lo Stato in termini di perseguimento dell'interesse pubblico tramite l'ammissione dell'investimento, le caratteristiche che essi assumono possono avere l'effetto di produrre un effetto distorsivo sul commercio internazionale. Sul punto vedi SHAN, *General Report*, cit. p. 450.

contrapposte: lo Stato tende (*o dovrebbe*) a preservare l'interesse pubblico, seppure questo significhi sacrificare le aspettative dell'altra parte contrattuale, in netta contrapposizione rispetto alle generali aspettative contrattuali di stabilità e certezza del privato. Per tale ragione, la disciplina contrattuale presenta elementi di diritto pubblico e privato che regolano aspetti diversi dell'accordo¹⁸⁶.

La convivenza di tali interessi contrapposti ha sollevato la questione dell'individuazione della "più appropriata" legge applicabile a tali contratti. La determinazione del sistema normativo chiamato a disciplinare il contratto risulta una questione particolarmente delicata: lo Stato, nel suo doppio ruolo, tende, infatti, a preservare la propria sovranità; l'investitore, d'altro canto, propende per la scelta di un regime normativo che garantisca i suoi interessi ed un ambiente giuridico stabile e prevedibile, sottratto al potere sovrano dello stato di destinazione.

Nel tentativo di eludere la supremazia statale relativamente alla regolamentazione del contratto, in dottrina e nella prassi arbitrale sono stati effettuati numerosi tentativi argomentativi per giustificare l'assoggettamento di tali accordi ad un ordinamento diverso rispetto a quello interno.

Tali sistemi normativi sono stati variamente individuati in ordinamenti giuridici *esterni*, sia esso il diritto internazionale, i principi generali del diritto o il diritto transnazionale. Secondo una certa dottrina, in altri termini, tali contratti sarebbero soggetti ad un fenomeno di *internazionalizzazione*¹⁸⁷, concepito proprio per rimuovere la relazione contrattuale dall'ordinamento domestico dello Stato di destinazione.

¹⁸⁶ Sul punto estensivamente SORNARAJAH, *The Settlement* cit., p. 86.

¹⁸⁷ Pare utile specificare che le tesi a favore dell'esistenza di tale fenomeno sono costruite tramite distinte argomentazioni e operano su diversi piani, attinenti la maggior parte alla legge applicabile al contratto, altre all'impatto dei trattati bilaterali d'investimento sulla relazione negoziale fra Stato e privato, in particolare in presenza di *umbrella clauses*. Sebbene per entrambe le definizioni si utilizzi il termine internazionalizzazione, è evidente che si tratta di un fenomeno ben diverso, se non nella natura sicuramente nella portata, vedi *infra* nel presente capitolo. Nel presente paragrafo è il primo profilo ad essere analizzato. Sull'origine del fenomeno in generale vedi fra i più SORNARAJAH, *The Settlement*, cit., p. 223 ss; ID. *The International Law*, p. 281 ss; KULICK, *Global Public Interest in International and Comparative Law*, Cambridge, 2012. Fra i più esponenti sostenitori della tesi vedi MANN, *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, in *British Yearbook of International Law*, 1959, p. 34 ss; WEIL, *Problèmes relatifs aux Contrats passés entre l'État et un particulier*, in *Recueil des Cours*, 1969; SACERDOTI, *I contratti fra Stati e Stranieri nel Diritto Internazionale*, Milano, 1972; LE BOULANGER, *Les Contrats entre États et entreprise étrangères*, Paris, 1985; LALIVE, *Contrats d'État ou entreprise étatiques et personnes privées. Developpements recentes*, in *Recueil des Cours*, 1983 III, p. 9 ss; LEBEN, *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, in *Recueil des Cours*, 2003 III, p. 197 ss; ALVIK, *Contracting with Sovereignty*, Oxford 2012. Contra vedi GIARDINA, *State Contracts: National v. International Law?* in *Italian Yearbook of International Law*, 1980/1981, p. 147 ss; LUZZATTO, *Illecito Internazionale* in *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol.III, Milano, 1987, p.167 ss.; SORNARAJAH, *The Settlement*, cit. p. 223 ss; ID. *The International Law*, cit. p. 289 ss; BOWETT, *State Contracts with Aliens*

Il fenomeno si colloca su diversi livelli normativi, la *ratio* alla base resta però la medesima: la necessità di fondare il contratto in un sistema normativo esterno nel quale troverebbe origine la legittimazione normativa dell'accordo¹⁸⁸, unica in grado di giustificare la giurisdizione di tribunali arbitrali internazionali¹⁸⁹ su una materia essenzialmente a carattere interno.

Nell'ambito del dibattito dottrinale tuttora attuale su questo aspetto, è necessario sgombrare il campo da alcune valutazioni che poco riflettono la prassi in materia al fine di individuare il corretto metodo per la determinazione della legge applicabile ai contratti¹⁹⁰. Come anticipato, lo scopo dei meccanismi atti a veicolare l'internazionalizzazione è quello di neutralizzare l'autorità sovrana dello Stato sul contratto, evitando che quest'ultimo possa modificare la legge applicabile menomando le aspettative dell'investitore. Il fine è, quindi, di far acquisire al contratto stabilità e certezza per garantire effettiva protezione dell'investimento.

cit., p. 49 ss. Cfr. nella prassi arbitrale il già citato leading case *In the Matter of An Arbitration between the Government of the State of Kuwait and the American Indipendend Oil Co. (Aminoil)*. Nella giurisprudenza internazionale, cfr. il caso *Serbian Loan Case*, *Serbian Loan Case*, PCIJ, Series A no. 13, July 29, 1929, in cui la Corte Permanente di Giustizia Internazionale sottolinea che «*Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale*».

¹⁸⁸ La prassi arbitrale cui generalmente si riconnette la nascita della teoria dell'internazionalizzazione si fa risalire a tre casi in materia di sfruttamento delle risorse petrolifere, *Saudia Arabia v. Arabian American Oil Company*, in *International Law Reports* 1963, 117 ss, *Petroleum Development Ltd v. Sheick of Abu Dhabi*, in *International Law Reports*, 1951, 144 ss e *Ruler of Qatar v. International Maritime Oil Co.*, in *International Law Reports* 1953, 534 ss. Nei casi in parola, dopo avere stabilito che in linea di principio la legge applicabile ai contratti di tale natura è quella dello Stato ospite sul cui territorio si svolge la relazione contrattuale, gli arbitri hanno ritenuto che il diritto islamico non si fosse sviluppato al punto di consentirne l'applicazione, a causa delle lacune riscontrate in materia nell'ordinamento designato. In mancanza di adeguata disciplina, gli arbitri hanno quindi ritenuto necessario fare uso dei principi generali di diritto per non emanare una pronuncia di *non liquet*. In dottrina, la soluzione adottata è stata poi accolta da Lord MCNAIR, che limitava, tuttavia, una simile estensione alle sole ipotesi in cui mancassero effettivamente delle norme rilevanti nell'ordinamento interno e le parti non avessero effettuato una espressa scelta di legge applicabile, vedi MCNAIR, *The General Principles of Law Recognized by Civilised Nations*, in *British Yearbook of International Law*, 1975, p. 1 ss. La dottrina successiva ha invece sviluppato la teoria proposta da MCNAIR, estraniando tuttavia il requisito della incompletezza dell'ordinamento richiamato per effettuare il richiamo ai principi generali.

¹⁸⁹ Simili argomentazioni vengono poste a fondamento della teoria della delocalizzazione dei tribunali arbitrali, la cui giurisdizione, in quanto fondata sull'accordo tra le parti, non dovrebbe essere soggetta alla sovranità di alcuno Stato. Vedi PAULSSON, *The Extent of Indipendence of International Arbitration from the Law of the Situs*, in: *Lew (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration*, New York, 1987 p. 141. Al di là delle difficoltà teoriche che l'ipotesi solleva, le conseguenze pratiche sono evidenti: in assenza di un collegamento con un ordinamento interno prestabilito sarà arduo procedere all'esecuzione del lodo arbitrale; il rifiuto di attenersi a quanto deciso rimarrebbe, quindi, senza alcuna conseguenza.

¹⁹⁰ Sul punto, vale la pena anticipare che diversi studiosi distinguono le ipotesi di internazionalizzazione in base alla presenza o meno di un BIT, ammettendo che, nell'ultimo caso, in virtù dell'impatto del Trattato bilaterale d'investimento e di alcune clausole ad esso proprie si verifichi l'internazionalizzazione del contratto. Così VOSS, cit. p. 45 ss.; SCHILL *Contracting with Foreigner: International Investment Law Implications*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, NOGUELLOU, ROZEN, STELKENS, ULRICH (eds.). Brüssel 2010,

Le teorie susseguitesi poste a fondamento del concetto di internazionalizzazione sono varie; pare, quindi, utile accedere ad una categorizzazione già effettuata in dottrina che ordina le teorie prospettate in base all'operare del richiamo al diritto internazionale, distinguendo una internazionalizzazione *diretta* ed *indiretta* dei contratti di Stato, rispettivamente in virtù dell'immediata applicazione di un ulteriore sistema normativo – nel quale il negozio è destinato a trovare fondamento – o in presenza di un richiamo effettuato dalle parti¹⁹¹.

La prima serie di teorie si fonda sull'assunto che i contratti di Stato siano assimilabili ai trattati in virtù della loro natura *quasi* internazionale¹⁹², circostanza che richiederebbe l'estraniamento della relazione contrattuale da uno specifico sistema normativo nazionale¹⁹³ e l'applicabilità *proprio vigore* del diritto internazionale. La conseguenza imprescindibile dell'attribuzione di tale sorta di *status* internazionale ai contratti in questione è l'inevitabile elevazione della parte negoziale privata a soggetto di diritto internazionale, circostanza che non può ritenersi ammissibile allo stato attuale e che consente di rigettare immediatamente un simile approccio¹⁹⁴.

Secondo un'ulteriore dottrina, il contratto non sarebbe legato ad alcun sistema normativo, sia esso nazionale o internazionale, ma istituirebbe piuttosto un ordine normativo indipendente fondato sulla sola *lex contractus* e sul principio *pacta sunt*

¹⁹¹ Sul punto vedi VOSS, cit. p. 29 ss.

¹⁹² Sarebbero simili ai trattati perché regolanti il comportamento dello Stato e delle sue prerogative sovrane, vedi BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Berlin, 1974 p. 159 ss, VERDROSS, *Quasi-International Agreements and International Economic Transaction*, in *Yearbook of World Affairs*, 1964, p. 230. Altri autori hanno prospettato la creazione di un diritto internazionale dei contratti, direttamente applicabile ai rapporti fra Stati e privati, così WEIL, *Droit international et Contrats d'État*, Parigi, 1981. L'applicazione del diritto internazionale è stata in alternativa, giustificata in virtù dello *scopo* perseguito di tali contratti, specificatamente lo sviluppo economico dei paesi ospiti, così CURTIS, *The Legal Security of Economic Development Agreements*, in *Harvard Journal of International Law*, 1988, p. 317. La natura del contratto quasi internazionale è stata decisiva in una serie di decisioni arbitrali a supporto della teoria dell'internazionalizzazione, vedi ad esempio *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Government of the Libyan Arab Republic*, in *International Law Reports*, 1979 389, e *In the Matter of Revere Copper and Brass, Inc.*, cit..

¹⁹³ Così ha ad esempio ritenuto l'arbitro unico in *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Co.*, in *International Law Reports*, 1967, p. 457.

¹⁹⁴ Accedere ad una simile ipotesi significherebbe, evidentemente, ammettere che entrambe le parti possano invocare la responsabilità internazionale nei confronti dell'altra: la violazione del contratto commessa dalla parte privata determinerebbe, quindi, la sua responsabilità internazionale, conseguenza inammissibile allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, sul punto estensivamente AMERASINGHE *Local Remedies in International Law*, Leiden, 2004, p. 129 ss. Va rilevato, inoltre, che il diritto internazionale non conosce allo stato attuale una disciplina dettagliata che sia in grado di disciplinare i rapporti contrattuali intercorrenti fra le parti. Sul punto vedi SORNARAJAH, *The International Law*, cit. p. 293 ss, VOSS, *The Impact* cit., p. 30 ss, e nella letteratura italiana CRESPI REGHIZZI, *Diritto internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Rivista di diritto Internazionale*, 2009, p. 5 ss. GIARDINA, cit., p. 687 ss.

*servanda*¹⁹⁵ prendendo, quindi, le distanze dall'assunto positivista che il contratto debba trovare fondamento in un sistema normativo dato.

Conformemente a tale indirizzo diversi autori propendono variamente per l'individuazione di regimi a-nazionali o transnazionali, basandosi sul postulato che tali contratti non si adeguerebbero né al diritto internazionale pubblico, né al diritto interno¹⁹⁶.

Allo stesso modo, pur sempre ispirandosi all'inadeguatezza ora delle fonti tradizionali del diritto internazionale pubblico, ora del diritto interno a regolare la relazione contrattuale fra stato e privato, vi è dottrina che ritiene applicabili i principi generali di diritto¹⁹⁷. Tralasciando i metodi ricognitivi dei principi di volta in volta

¹⁹⁵ Così VERDROSS, cit. p. 640, BOURQUIN, *Arbitration and Economic Development Agreements*, in *The Business Lawyer*, 1959/1960, p. 860 ss. Sia sufficiente specificare che la *lex contractus* non esaurisce tutti gli aspetti della regolamentazione dell'accordo; l'esautorazione del contratto da un ordinamento giuridico completo, non consente di colmare le lacune che si presentino nell'applicazione o interpretazione del contratto. Simili obiezioni vengono generalmente mosse alla *lex mercatoria*, vedi *infra*, che non si ritiene possa allo stato attuale costituire un sistema normativo indipendente.

¹⁹⁶ Così estensivamente LEBEN, *Contrat entre Etats*, cit., LALIVE, *Contrats between States and a Foreign Company*, cit., JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1965; la stessa idea è sottesa all'applicazione del *corpus* di regole indicato come *lex mercatoria*, sul punto GOLDMANN, *The Applicable Law: General Principles* p. 113 ss; LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, p. 1985 p. 747 ss.; sulla identificazione, il fondamento e la definizione della *lex mercatoria* vedi estensivamente BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione, considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del Diritto*, 2005, p. 83 ss; SCHILL, *Lex Mercatoria*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

¹⁹⁷ Così WEIL, *Principes Généraux du droit*, cit.; MANN, *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, in *British Yearbook of International Law*, 1987, p. 34 ss; LALIVE, cit. p. 987 che lo considera richiamo al diritto internazionale *tout court*. La dottrina e la prassi arbitrale sono difformi rispetto al significato normativo da attribuire ai principi generali del diritto, intesi alternativamente come 1) generico riferimento ai principi generali del diritto internazionale quale fonte primaria 2) ai principi generali riconosciuti dalle Nazioni civili di cui all'art. 38 dello Statuto della C.I.G. o 3) in quanto costitutivi di un terzo ordine giuridico distinto sia dal diritto internazionale che dal diritto interno e costituente l'insieme delle relazioni commerciali internazionali proprio alla comunità dei commercianti, definita alternativamente *lex mercatoria* o diritto transnazionale. La confusione è generata da una certa tendenza nella prassi contrattuale ad effettuare una *professio juris* a favore dei principi generali, il cui contenuto viene tuttavia interpretato in maniera assai diversa, così come le conseguenze giuridiche ad essi connesse; se in alcune occasioni vi è un riferimento esplicito all'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, in altri casi non vi è alcun riferimento esplicito a tale disposizione e la *professio* è accompagnata ad altri opzioni di scelta di legge (più spesso il diritto interno dello Stato ospite). La prassi arbitrale in materia, può distinguersi tra i casi in cui i tribunali arbitrali sono costretti ad effettuare una valutazione dell'*optio legis* operata dalle parti ed i casi in cui, invece, sono gli stessi arbitri, *proprio motu* a fare applicazione, a vario titolo, dei principi generali del diritto. In merito alle prime ipotesi, vedi in particolare *l'affaire B.P., Liamco e Texaco*, citati *infra*, nei quali i rispettivi arbitri hanno fornito tre diverse interpretazioni di cosa debba intendersi con tale nozione. Rispetto alle seconde pronunce vedi e.g. *Aramco e Lena Goldfields*. Sulla difficoltà nel ricostruire il contenuto normativo di tale fonti rispetto ai contratti di Stato vedi la risoluzione adottata dall'*Institut de droit International* riunitosi nella sessione di Atene del 1979, che elenca una serie di fonti ritenute applicabili a tali fattispecie negoziali, compresi i principi generali di diritto, intesi ora come diritto internazionale generale, ora come legge transnazionale. Sul punto, vedi anche SACERDOTI, *I contratti tra Stati e Stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972.

richiamati nelle pronunce arbitrali di riferimento¹⁹⁸, la critica generalmente mossa a tali teorie riguarda essenzialmente la difficoltà di individuare l'esatta natura delle norme facenti parte di tale categoria.

In particolare, relativamente ai principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, la dottrina è divisa sull'esatto contenuto prescrittivo delle regole ad essi riconducibili, considerate alternativamente come semplici consuetudini *sui generis*, ora come fonte sussidiaria di diritto internazionale, – che attinge ad altri ordinamenti domestici per l'individuazione della norma materiale da applicare –, ora come principi la cui ricostruzione può essere effettuata solo se vi è un'espressa autorizzazione convenzionale¹⁹⁹.

La vaghezza che contorna tale fonte di diritto non consentirebbe, quindi, di individuare un codice normativo completo in grado di confrontarsi con le complessità dell'esecuzione contrattuale²⁰⁰.

L'internazionalizzazione *indiretta* si fonda essenzialmente sull'operare del meccanismo tipico di diritto internazionale privato per l'individuazione della legge applicabile alla relazione contrattuale di specie.

Un simile approccio appare *prima facie* del tutto legittimo: la *lex contractus* designata tramite la norma di conflitto può essere, infatti, diversa dal diritto dello Stato ospite dell'investimento; il contratto troverà comunque fondamento in un sistema normativo *interno*²⁰¹.

Il criterio cardine che ispira le teorie di internazionalizzazione indiretta è il principio dell'autonomia delle parti, libere di effettuare una scelta in merito alla legge applicabile al contratto. L'autonomia delle parti, considerata massima espressione della libertà

¹⁹⁸ L'esistenza dei principi generali richiamati va infatti dimostrata, non sussunta. Per una critica dei metodi di rilevazione utilizzati dagli arbitri internazionali per l'applicazione di tali fonti di diritto vedi estensivamente SORNARAJAH, *The Settlement*, cit. p. 261 ss. Nella prassi arbitrale per il ricorso ai principi generali di diritto in virtù di un'espressa clausola di richiamo vedi *British Petroleum v. Libia*, *International Law Reports*, 1979 635; applicati in quanto parte del diritto internazionale pubblico in *Calasiatic et Texaco v. Libia*, in *International Law Reports*, 1975 cit., e *Liamco v. Libia*, in *International Law Reports*, 1977, p. 564.

¹⁹⁹ In merito al dibattito sul significato da attribuire ai principi generali di diritto di cui all'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, vedi PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit*, Parigi, 1974; GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, Digesto, vol. IX, Pubbl., 1996; TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005 p. 248 ss, CONFORTI, *Diritto Internazionale*, ult. ed., p. 48; CASSESE, *Diritto Internazionale*, GAETA (ed.), p. 289 ss.; GAJA, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

²⁰⁰ Così COLLIER, LOEWE, *The Settlement of Disputes in International Law*, p. 245

²⁰¹ Non potrebbe d'altronde ritenersi diversamente, essendo, infatti, il contratto destinato a produrre effetti sul piano dei rapporti interindividuali, non fra gli Stati quali enti sovrani; la sua legittimazione non potrà, quindi, che trovare origine in un ordinamento interno positivamente dato. Sul punto, CRESPI REGHIZZI, cit. p. 31.

contrattuale, rappresenta la principale norma di conflitto che informa i sistemi contemporanei di diritto internazionale privato, ed ha trovato ingresso anche in numerosi strumenti internazionali disciplinanti le procedure di arbitrato internazionale²⁰².

La *ratio* alla base dell'autonomia della scelta di legge si riscontra nella necessità che le parti, in una transazione commerciale, siano generalmente in grado di soddisfare le loro esigenze economiche in conformità con un sistema normativo che le accomodi, garantendosi, peraltro, la certezza della regolamentazione della relazione contrattuale, prima che il giudice abbia a pronunciarsi sul punto²⁰³.

Tale prospettiva risulta particolarmente rilevante in un contesto, quale quello dei contratti di Stato, nel quale l'autonomia delle parti, per le ragioni più sopra esposte, tende a privilegiare la sua funzione *materiale*, piuttosto che la designazione del legame più stretto della relazione contrattuale rispetto ad un determinato ordinamento, in funzione della mera localizzazione spaziale della fattispecie²⁰⁴.

Il potere di autonomia conferito alle parti, consente loro di perseguire l'intento materiale voluto con la conclusione del negozio giuridico, *anche* attraverso l'indicazione dell'ordinamento giuridico che meglio di altri, pure potenzialmente applicabili, si adatta a valorizzare in massima misura gli interessi delle parti, consentendo loro di plasmare gli effetti contrattuali e modellare la disciplina più appropriata al loro intento negoziale²⁰⁵. L'ordinamento designato interviene, infatti, a configurare e completare il rapporto secondo le finalità economiche perseguite dalle parti²⁰⁶.

²⁰² UNCITRAL, Arbitration Rules, art. 33.1; ICC Arbitration Rules, art. 17.1; ICSID Convention art. 42

²⁰³ Va aggiunto che la qualificazione della questione in oggetto risulta di fondamentale importanza. Numerosi sistemi di diritto internazionale privato, escludono, infatti, che le parti possano scegliere la legge applicabile a determinate ipotesi che presentano un collegamento talmente stretto con un determinato ordinamento da non consentire la designazione di una legge applicabile diversa da esso. E' il caso delle legislazioni di molti Stati in via di sviluppo che escludono l'operare dell'autonomia delle parti per la scelta di legge relativa a contratti che regolino lo sfruttamento delle risorse naturali.

²⁰⁴ Sul punto CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali*, in BOSCHIERO, Luzzatto (eds.), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori, strumenti*, Napoli, 2008, p. 173 ss; MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in BOSCHIERO (ed.), *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (ROMA I)*, Torino, 2009; *Ibid.* BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla conflict involution europea in materia contrattuale*, in BOSCHIERO (ed.) *La nuova disciplina*, cit., p. 67 ss.

²⁰⁵ BOSCHIERO, cit. p. 70.

²⁰⁶ Il regolamento Roma I, che attribuisce massimo valore all'autonomia delle parti quale pietra angolare comune ai sistemi delle norme di conflitto degli Stati membri, consente alle parti di individuare l'ordinamento che esse ritengano più adatto, senza imporre alcun criterio di collegamento con la fattispecie contrattuale, salvo il rispetto delle norme imperative semplici, secondo il dettato dell'art. 3 del Regolamento, sul punto *infra*.

Di conseguenza, risulta difficile distinguere le due funzioni generalmente ricollegate all'autonomia della volontà, materiale da un lato, ed internazionalprivatistica dall'altro.

Ciò non significa, tuttavia, che l'esercizio del potere di autonomia si traduca in una mera recezione negoziale delle norme metacontrattuali contemplate dall'ordinamento designato quale legge applicabile. La volontà delle parti non assume, infatti, valore preminente rispetto all'ordinamento richiamato²⁰⁷; l'*optio iuris*, al contrario, in quanto operante tramite un meccanismo internazionalprivatistico, deve trovare propria legittimazione nell'ordinamento nel quale il potere di autonomia si colloca, e, al contempo, negli ordinamenti nei quali si spiegano gli effetti della scelta di legge²⁰⁸, dovendo, di conseguenza, sottostare alle norme imperative dell'ordinamento designato ed ai limiti imposti dalle norme di applicazione necessaria e dalla clausola di ordine pubblico della *lex fori*²⁰⁹.

Orbene, proprio quest'ultimo aspetto risulta di fondamentale importanza nella trattazione in oggetto: gli arbitri, cui sono generalmente deferite le controversie che sorgono intorno ai contratti in esame, non traggono il proprio potere giurisdizionale da una *lex fori*, all'interno del cui ordinamento è possibile individuare i limiti all'operare delle tecniche internazionalprivatistiche più sopra viste²¹⁰; tuttavia si riscontra nella prassi dell'arbitrato una tendenza sempre più accentuata a tenere conto delle *lois de police*²¹¹ e delle esigenze pubbliche degli Stati espresse da tali norme²¹².

²⁰⁷ Sul punto, CARBONE, cit. p. 204

²⁰⁸ Così BOSCHIERO, p. 71, CARBONE, cit. p. 204

²⁰⁹ Nel regolamento Roma I la meritevolezza degli interessi è vagliata secondo una serie di criteri: *in primis* rispetto alla necessità che le parti non effettuino un'*optio iuris in fraudem legis*, tentando di sottrarsi alle norme imperative semplici, ossia quelle non derogabili dalle parti. In secondo luogo, è necessario che gli effetti del richiamo non si pongano in contrasto con l'ordine pubblico dello Stato del foro e con le norme di applicazione necessaria, integranti la tutela di interessi pubblici fondamentali. Sulle due categoria richiamate dal Regolamento Roma I, le norme inderogabili e le norme di applicazione necessaria ed il loro significato normativo vedi estensivamente per una valutazione critica BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in BOSCHIERO (ed.) *La nuova disciplina cit.*, p. 173 ss; DE CESARI, *Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente e norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in BARIATTI, VENTURINI (eds.) *Nuovi Strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009 e BIAGIONI, *Le disposizioni alle quali non si può derogare convenzionalmente*, in SALERNO, FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 Giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2009, p. 629 ss; dello stesso autore *ibid.* *Le norme di applicazione necessaria* p. 788 ss.

²¹⁰ CARBONE, cit. p. 205

²¹¹ RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police: considerations sur les conflicts de jurisdiction dans le commerce international*, in *Recueil des Cours*, 2005, p. 269.

²¹² Sulla difficoltà di individuare il *conflict of law system* dal quale ricavare le norme imperative ed i limiti di ordine pubblico da applicare in caso di arbitrato commerciale, vedi estensivamente LANDO, *Choice of Law Rules for Arbitrators*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, p. 157 ss; BLESSING, cit.; GAILLARD, FOUCARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1996, WORTMAN, *Choice of Law by arbitrators: The Applicable Conflict of Law system in Arbitration*

Visto che anche nei contratti di Stato le parti sono in grado di designare un sistema normativo, sia esso quello interno o un ordinamento *altro* rispetto a quello dello Stato ospite dell'investimento²¹³, è facile intuire che in tali fattispecie, dotate di elementi di peculiarità, l'individuazione e l'applicazione di norme di applicazione necessaria e di ordine pubblico, risulta un'operazione particolarmente delicata ed allo stesso tempo estremamente importante. Estrema rilevanza assumono, infatti, le esigenze dello Stato ospite, nel suo doppio ruolo di parte negoziale e *veicolatore* di interessi pubblici, già più sopra chiarita; esigenze che si concretizzano soprattutto nell'ipotesi in cui le parti designino un ordinamento diverso da quello dello Stato ospite.

E' necessario, quindi, specificare che, indipendentemente dalla scelta delle parti, «*le scelte arbitrarie non possono avere l'effetto di evitare l'applicazione delle norme dello Stato ospite che vogliono in ogni caso essere applicate*»²¹⁴.

In questo senso, è interessante notare che nel caso in cui sia effettuato il richiamo ad un ordinamento terzo, le norme imperative dello Stato ospite non opereranno come legge applicabile alla relazione contrattuale di riferimento; queste contribuiscono, piuttosto, a definire l'ambiente giuridico nel quale il contratto trova esecuzione, influenzando sul comportamento dello Stato nell'esecuzione delle obbligazioni negoziali²¹⁵.

International, 1998, p. 98 ss; RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules and International Arbitration*, in *The American Journal of International Arbitration*, 2012, p. 49 ss. Sebbene la dottrina si assesti su posizioni diverse rispetto ad alcune delle problematiche sollevate da tale materia – ed in particolare rispetto all'esistenza di un ordine pubblico transnazionale, sul quale vedi anche *Résolution de l'Institut de droit International*, 31 Agosto, 1991, GAILLARD, FOULARD, GOLDMAN, cit., p. 866, 875; RADICATI DI BROZOLO, ult. op. cit., p. 68 –, il criterio che sembra ispirare tutte le argomentazioni teorizzate sul punto è quello dell'applicazione delle *lois de police* dell'ordinamento all'interno del quale la relazione contrattuale esplica i propri effetti. Non sembra opportuno, infatti, fondare la competenza delle *lois de police* sulla base di giudizi di valore morale; è necessario, al contrario, individuare un criterio oggettivo che consenta di veicolare le massime esigenze di quegli Stati con i quali la fattispecie giuridica mantiene uno stretto collegamento.

²¹³ Sul punto, BLESSING, *Mandatory Rules of Law versus Autonomy in International Law*, in *Journal of International Law Arbitration*, 1997 p. 13 ss; CROFF, *The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: It Is Still a Conflict of Laws Problem*, in *International Law Commercial Arbitration Review*, 1982, p. 613 ss.

²¹⁴ Tali norme incidono evidentemente sull'esecuzione delle obbligazioni contrattuali, sul punto GIARDINA, *Le legge regolatrice dei contratti d'investimento*, in *Rivista Italiana di Diritto Internazionale privato e processuale*, 1982, p. 682.

²¹⁵ Vedi sul punto BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit. p. 35, che distingue fra legge applicabile – ai sensi della quale vanno valutate interpretazione, esecuzione e conseguenze di inadempimenti contrattuali – e *regulatory measures*, parte, queste ultime, dell'ambiente giuridico nel quale trova esecuzione il contratto, quali ad esempio le disposizioni in materia fiscale, di ambiente o lavoro. Le *regulatory measures*, applicabili alle attività poste in essere conformemente ad un contratto di Stato, possono essere qualificate come *international mandatory measures*, destinate a prevalere sull'ordinamento designato dalle parti, se diverso da quello dello Stato ospite, o ad essere applicate quale parte della *lex contractus*, se l'ordinamento designato è quello dello Stato di destinazione. L'adozione delle *regulatory measures* influisce sulla prestazione contrattuale dello Stato, plasmandone la condotta ed incidendo sull'equilibrio contrattuale. L'impatto di tali misure sulla verrà poi valutato in base all'ordinamento designato a regolare il rapporto contrattuale, per verificarne la legittimità. Tali misure, come visto, al contrario

Un simile risultato è, d'altro canto, inevitabile, considerato che gli obblighi cui lo Stato si impegna sono plasmati ai suoi poteri sovrani, e, di conseguenza, al rispetto delle leggi che egli stesso ha posto²¹⁶.

La scelta delle parti, cui pure viene attribuito massimo rilievo anche nella materia dei contratti di Stato²¹⁷, non può, dunque, ritenersi pregiudizievole del potere del tribunale di fare applicazione di altre valutazioni giuridiche diverse rispetto a quelle dell'ordinamento designato dalle parti²¹⁸.

Tale ricostruzione può, inoltre ritenersi, conforme all'evoluzione arbitrale in materia commerciale, in cui ampio spazio è riconosciuto alle *mandatory rules* degli Stati che mantengono con la fattispecie il collegamento più stretto o nel quale anche parte del contratto deve trovare esecuzione. Ragionando altrimenti, il rischio è che gli interessi pubblici e fondamentali dello Stato, *ultima ratio* della tutela fornita dalle *lois de police*, possano subire un detrimento in seguito all'esercizio del potere di autonomia delle parti²¹⁹. E' necessario, quindi, tener particolarmente conto della natura ibrida dei contratti di Stato nell'individuare la legge applicabile all'accordo²²⁰.

E' inoltre possibile che lo Stato di destinazione ponga *a priori* delle limitazioni al potere di autonomia delle parti relativamente a certe materie, nel caso in cui esse presentino una rilevanza particolarmente stringente per il perseguimento dell'interesse pubblico²²¹.

dell'espropriazione, non obbligano lo Stato a corrispondere una compensazione, vedi ampiamente sezione II del presente capitolo. Il diritto internazionale, può tuttavia informare la valutazione sulla liceità dei provvedimenti secondo quanto si vedrà *infra*. Sul punto vedi BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, cit., p. 26 ss.

²¹⁶ Sul punto KAHN, *The Law Applicable to Foreign Investments: the Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Indiana Law Journal*, 1968, p. 13.

²¹⁷ Vedi prima parte art. 42 ICSID Convention.

²¹⁸ FEUERLE, *International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Yale Studies on the World Legal Order*, 1977, p. 105. Medesime considerazioni valgono per il limite dell'ordine pubblico, che dev'essere rispettato, in particolare in funzione dell'obbligo di riconoscimento del lodo arbitrale nello Stato ospite.

²¹⁹ Sulla funzione e la *ratio* delle norme di applicazione necessaria e di ordine pubblico, vedi SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1976, p. 469 ss. ed in particolare sulla pubblica *utilitas* cui tali norme sono asservite, in quanto *quid medium* fra le norme di stretto diritto privato e norme di vero diritto pubblico, p. 474 ss.

²²⁰ SORNARAJAH, cit., p. 253, secondo l'autore, l'unica scelta plausibile sarebbe quella dell'ordinamento dello Stato ospite, per rispetto ai profili di rilevanza pubblica coinvolti dalla relazione contrattuale ed alla labilità dell'elemento di estraneità presente nel rapporto rappresentato dalla sola nazionalità dell'investitore. E' evidente che nel caso in cui la società sia incorporata nello Stato di destinazione, viene meno il margine di operatività della scelta di legge.

²²¹ *Ibid.* p. 241. Lo Stato può, inoltre, decidere di alterare o risolvere la relazione contrattuale con il privato perché non più rispondente alle sue esigenze di sviluppo. Inoltre, secondo l'a., la scelta di legge applicabile sarebbe ammissibile solamente rispetto agli atti dello Stato posti in essere *iure gestionis*, per i quali sarebbe ipotizzabile il permanere dell'eguaglianza fra le parti contrattuali, requisito necessario per il funzionamento del principio dell'autonomia delle parti. La ricostruzione solleva tuttavia una serie di problematiche in merito all'esatta individuazione degli atti coperti da tale categoria.

Atteso dunque, che la maggior parte dei contratti fra Stato ed investitore contengono clausole di scelta applicabile²²², è necessario interrogarsi su quali siano i sistemi normativi che le parti possono designare per la regolamentazione della loro relazione contrattuale.

Che le parti possano designare un altro ordinamento statale – attese le limitazioni in merito alle *Regulatory Measures* più sopra rilevate – è già stato chiarito. Il problema si pone principalmente quando le parti propendono per un ordinamento giuridico non statale, sia esso un insieme di norme di *diritto privato* le cui regole sono elaborate a livello internazionale o il diritto internazionale pubblico *tout court*.

In merito alla prima ipotesi, il problema risiede essenzialmente nell'ammissibilità della scelta di un *corpus* normativo non incardinato in un ordinamento dato. Non è ovvio, infatti, che il sistema di diritto internazionale privato di un determinato Stato riconosca una simile opzione di scelta di legge o sia legato ad una Convenzione che preveda tale possibilità²²³.

Se anche fosse possibile²²⁴, resta da capire se una simile designazione sia ammissibile sotto il profilo della effettività *prescrittiva*. Come è stato già anticipato *supra*, il contenuto e la forza normativi di sistemi quali la *lex mercatoria*²²⁵ o principi generali di diritto internazionale in materia di contratti non sono acclarati in dottrina e la prassi arbitrale risulta frammentata in questo senso²²⁶. Resta quindi da chiedersi se possa trattarsi di una scelta legittima o meno²²⁷.

E' frequente riscontrare nei contratti d'investimento che le clausole di scelta applicabile contengano un riferimento al diritto internazionale²²⁸. E' necessario *in*

²²² Vedi e.g. *LIAMCO v. The Government of the Libyan Arab Republic*, cit. e *TOPCO v. Lybia*, cit., cfr. anche *Sapphire v. NIOC*, cit. in cui il tribunale ha ritenuto che le parti avessero compiuto una scelta di legge implicita.

²²³ Vedi ad es. art. 42 della Convenzione ICSID o l'art. 28 dell' UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

²²⁴ Vedi CRESPI REGHIZZI, cit. p. 32, che analizzando l'operare dell'art. 42 della Convenzione ICSID, ammette la possibilità di un richiamo alle regole oggettive del commercio internazionale quale «*fenomeno intrinsecamente giuridico, che si risolve anch'esso sul piano della vita giuridica internazionale quale realtà trascendente quella propria dei sistemi giuridici nazionali*», gli ordinamenti statali non esauriscono infatti la realtà dei valori giuridici. In questo senso farebbe propendere la lettera della norma che si riferisce alle «regole di diritto scelte dalle parti». Tale *corpus* non può, tuttavia, definirsi come un ordinamento completo, sarà quindi necessario integrare le lacune che esso dovesse rivelare nel disciplinare il contratto.

²²⁵ Sul punto vedi SORNARAJAH, *The Settlement*, cit. p. 265.

²²⁶ Nella prassi arbitrale vedi ad esempio *Pablat Ticaret Ltd v. Norsolos Sa.*, in *International Law Reports* 1986, p. 322 e *Compania Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc.*, 1991.

²²⁷ Vedi sul punto CARBONNEAU, *Lex Mercatoria and Arbitration*, New York, 1998.

²²⁸ Il diritto internazionale viene più spesso designato accanto ad un ordinamento statale.

primis attestare la legittimità di una simile scelta di legge, per valutare se essa possa essere considerata una scelta valida.

Sul punto la dottrina è divisa.

L'obiezione principale è che il diritto internazionale, in quanto sistema nato per regolamentare i rapporti fra Stati, non potrebbe essere designato per la regolamentazione di rapporti che coinvolgono soggetti privi della soggettività internazionale. L'argomentazione prosegue evidenziando che una violazione di tali norme implicherebbe la responsabilità internazionale dello Stato per *breach of contracts* e, d'altro canto, renderebbe impossibile qualificare le conseguenze di un illecito contrattuale commesso dal privato.

L'argomento, tuttavia, prova troppo. Da un punto di vista puramente teorico, infatti, una simile scelta di legge, se consentita dalle norme di diritto internazionale privato di riferimento, non sarebbe illegittima²²⁹. Pare utile ribadire, infatti, quanto già *supra* affermato che nelle ipotesi di internazionalizzazione *indiretta*, il contratto non trova il proprio fondamento nel diritto internazionale, non è atto quindi a generare norme di diritto internazionale. La legittimità del contratto rimane incardinata in un ordinamento interno: la sottoposizione alle norme di diritto internazionale generale vale solo a definire gli obblighi contrattuali delle parti, non *produce* obblighi sul piano dell'ordinamento internazionale.

La difficoltà applicativa risiede, piuttosto, nell'*inadeguatezza* del diritto internazionale. Come già anticipato, in quanto ontologicamente destinato a regolare rapporti fra enti sovrani – e non interindividuali –, non pare che tale complesso di norme si sia sviluppato al punto di prevedere un corpo di regole concrete atte a disciplinare la relazione contrattuale fra uno Stato ed un privato²³⁰. In questo senso, quindi, la scelta potrebbe non risultare legittima, la maggior parte delle norme di conflitto richiedono, infatti, che venga indicato un ordinamento giuridico che consenta

²²⁹ E' questo aspetto che differenzia tale ipotesi rispetto alle altre sopra viste, in cui il diritto internazionale veniva considerato il luogo elettivo di legittimazione del contratto. Il richiamo effettuato dal dipp non consente, infatti, di istituire un nuovo *status* soggettivo nell'ordinamento richiamato, vedi sul punto VOSS, cit. p. 44. In dottrina vedi MANN, *Die Verträge*, cit. p. 465, e KISCHEL, *State Contracts*, Stuttgart, 1994, p. 292, che distingue fra l'effetto generatore di norme (*normerzeugend*) del contratto dal solo assoggettamento a tale ordinamento, *contra* però LUZZATTO, *Illecito Internazionale*, cit., p. 177 secondo cui le norme di diritto internazionale privato non sarebbero strutturalmente idonee ad operare un richiamo al diritto internazionale.

²³⁰ Così, LUZZATTO, *Illecito Internazionale*, cit. p. 177, BATTIFOL, cit. p. 697 ss; SORNARAJAH, *The Settlement*, cit. p. 253 ss; GIARDINA, *State Contracts*, cit. p. 160 ss; CRESPI REGHIZZI, *Diritto Internazionale e Diritto Interno* cit. p. 30; DOUGLAS, *The Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, 2003, p. 151.

l'applicazione di regole concrete al contratto, circostanza non riscontrabile nel caso di specie. La vaghezza sostanziale delle norme richiamate, lascerebbe un margine di arbitrio inaccettabile e non consentirebbe alle parti di individuare correttamente la portata dei loro obblighi contrattuali.

Tale *corpus* normativo viene tuttavia richiamato in numerosi contratti di Stato, occorre, pertanto, tentare di ricondurre un simile richiamo ad un'interpretazione conforme al corretto rapporto che intercorre fra diritto interno e diritto internazionale nella disciplina degli *State Contracts*.

11. Come già anticipato, l'operazione d'investimento, concretamente realizzata attraverso il contratto di Stato, trova contemporaneamente protezione nelle norme in materia di trattamento di beni e investimenti stranieri, siano esse pattizie o consuetudinarie. Il fatto che tali attività economiche siano inserite in una cornice plurinormativa sottolinea l'eterogeneità dei rapporti giuridici ad esse correlate, sottoposte rispettivamente a diverse discipline.²³¹ La valutazione di ciascuna singola questione andrà, quindi, effettuata sulla base del sistema normativo ad essa corrispondente.

Nell'ipotesi in cui il contratto sia inserito nell'ambiente giuridico istituito dal trattato; si tratta essenzialmente di comprendere quale sia l'impatto dei BIT sui contratti in esame²³² ed, in particolare, quando lo stesso preveda una clausola di giurisdizione a favore di un arbitrato internazionale in materia di investimenti.

A parere di chi scrive, la questione coinvolge un duplice profilo: *in primis*, la qualificazione di un determinato atto posto in essere dallo Stato – se esso rimanga, quindi, circostanziato al contratto o se invece si caratterizzi quale illecito internazionale²³³ – e, in secondo luogo, la corretta individuazione sia della legge applicabile al contratto, che del metodo di richiamo²³⁴.

²³¹ Vedi sul punto, CRESPI REGHIZZI, ult. op. cit. p. 8 ss.; secondo l'autore il trattato bilaterale d'investimento istituisce un ambiente giuridico composto da un fascio eterogeneo di relazioni giuridiche, nel quale confluiscono le posizioni dell'investitore, regolate, per taluni profili, dal diritto internazionale e, per altri, dalla *lex contractus*.

²³² Sul punto estensivamente VOSS, cit.

²³³ Su cui vedi *infra*.

²³⁴ Estensivamente, CRESPI REGHIZZI, ult.op.cit.

Nell'ipotesi in cui una determinata controversia verta in materia di inadempimento contrattuale – appurato che il tribunale arbitrale abbia competenza in materia²³⁵ – gli arbitri saranno chiamati a designare la legge applicabile tramite la norma di conflitto rilevante.

Nel caso in cui la controversia sia sottoposta ad arbitrato ICSID, frequentemente indicato nei contratti conclusi fra Stati ed investitori²³⁶, l'art. 42 della Convenzione nella parte in cui prevede che «*the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws)* ..» si trova ad operare come una norma di conflitto²³⁷.

La disposizione effettua previamente un espresso riferimento alla *lex contractus* designata dalle parti. Accanto a questa, come già anticipato, è facile riscontrare nella prassi che le parti designino il diritto internazionale quale ulteriore sistema normativo richiamato accanto alle norme di un determinato ordinamento interno.

Sul punto valgono le valutazioni già effettuate *supra* in merito alla inadeguatezza di tale ordinamento a disciplinare i rapporti nascenti dal contratto.

La valutazione in termini di adeguatezza o legittimità del richiamo ad un simile ordinamento, non esaurisce, tuttavia, la necessità di attribuire un significato alla scelta delle parti nel richiamo effettuato al diritto internazionale.

Come già anticipato, esso non potrà rinvenirsi nell'intenzione di fondare il contratto nell'ordinamento giuridico internazionale: i rapporti giuridici regolati dal contratto nascono e operano, infatti, sul piano interindividuale²³⁸.

Il richiamo al diritto internazionale dovrà quindi intendersi come espressione della volontà delle parti di sottoporre il contratto al rispetto delle norme internazionali in materia di trattamento degli investimenti stranieri: tali norme, contribuiscono, infatti, a definire l'ambiente giuridico istituito dal trattato nel cui ambito vige ed opera l'accordo negoziale.

Peraltro, la necessità di assicurare il rispetto di tali norme opera anche in assenza di scelta di legge. Nel caso in cui le parti, infatti, non abbiano designato la *lex contractus*,

²³⁵ Le parti possono decidere di attribuire alla competenza di un tribunale arbitrale anche le controversie che sorgono in materia contrattuale.

²³⁶ Per la materia esaminata in questa tesi, è il caso del contratto sottoscritto dal Cameroun.

²³⁷ L'interpretazione dell'art. 42 ha sollevato accesi dibattiti in dottrina, vedi estensivamente DOUGLAS, cit. p. 192 ss.

²³⁸ È questo aspetto, infatti, che consente di interpretare la prima parte dell'art. 42 della Convenzione ICSID come norma di conflitto.

il tribunale dovrà applicare le norme dello Stato contraente e «*and such rules of international law as may be applicable*».

Se nel richiamo al diritto statale in assenza di scelta di legge la prescrizione di cui all'art. 42 si trova ad operare nuovamente quale norma di conflitto, tale natura non può essere assegnata alla parte in cui essa opera il richiamo alle regole di diritto internazionale applicabili. Perché le norme di conflitto possano correttamente funzionare, è necessario, infatti, che le situazioni interindividuali che esse intendono disciplinare e le “*correlative valutazioni giuridiche*” abbiano natura privatistica, affinché esse possano trovare tutela attraverso il meccanismo di diritto internazionale privato²³⁹. Il richiamo al diritto internazionale andrà quindi inteso come *clausola generale di compatibilità*²⁴⁰ delle disposizioni contrattuali rispetto alle norme internazionali che informano l'ambiente giuridico creato dal trattato.

Parte della giurisprudenza ICSID ha “letto” nel richiamo al diritto internazionale contenuto nella clausola di legge applicabile, una funzione integrativa (oltre che correttiva), atta a colmare le eventuali lacune normative dell'ordinamento interno dello Stato ospite. Tale ipotesi, non pare, tuttavia, potersi accogliere, considerato il diverso ambito di applicabilità dei due sistemi normativi, che implica un rapporto di infungibilità fra i due²⁴¹. Pur partecipando all'ambiente giuridico istituito dal trattato, i due ordinamenti giuridici interessati mantengono, infatti, un ambito di operatività separato²⁴².

Andrà quindi accolta la sola funzione correttiva del diritto internazionale nell'ambito delle controversie contrattuali sorte fra investitore e Stato ospite. L'operare dell'art. 42 in questa direzione discende dalla considerazione che il contratto d'investimento è inserito nel quadro delle relazioni giuridiche istituite dal trattato d'investimento; nel caso in cui la condotta dello Stato sia conforme alla *lex contractus*, ma si ponga in violazione con lo standard di trattamento imposto dal BIT, la funzione del richiamo al diritto internazionale è quella di assicurare che gli arbitri garantiscano conformità a tale secondo ordine di norme, per non compromettere l'efficacia giuridica dell'intero sistema istituito dal trattato.

²³⁹ Così ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, il cui ragionamento viene ripreso da CRESPI REGHIZZI, cit. p. 26, per negare la natura di norma di conflitto alla seconda parte dell'art. 42 della Convenzione ICSID.

²⁴⁰ *Ibid.* p. 31.

²⁴¹ Sul punto vedi CRESPI REGHIZZI, ult.op. cit. p. 33 ss.; *Contra* Douglas, *The Law Applicable*, p. 40 ss, che non ritiene che il richiamo possa operare alcuna funzione, nè correttiva nè integrativa, nelle controversie sorte intorno ai contratti.

²⁴² Così *LETSCO v. Republic of Lyibia*, in *International Law Reports* 1986, 356.

Lo stesso ragionamento può essere applicato all'ipotesi in cui le parti abbiano individuato la legge applicabile al loro rapporto contrattuale, ma non abbiano operato il richiamo al diritto internazionale generale. In tale ipotesi, pare potersi accogliere la soluzione già proposta in dottrina²⁴³, secondo cui, anche in assenza di richiamo, la funzione correttiva del richiamo al diritto internazionale manterrebbe il proprio vigore, in virtù dell'operare delle norme generali in materia d'interpretazione dei trattati, di cui all'art. 31 (1) c. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, ai sensi della quale il trattato va interpretato alla luce del suo oggetto e del suo scopo. È naturale ritenere, infatti, che gli Stati, obbligandosi alla Convenzione ICSID, abbiano accettato di apportare determinate limitazioni alla propria sovranità, a condizione che le decisioni arbitrali emanate nell'ambito del sistema istituito da un determinato BIT riflettano gli standard di protezione degli investimenti.

Una volta applicata la *lex contractus* designata dalle parti alla fattispecie concreta, andrà apprezzata la compatibilità di essa al diritto internazionale. È interessante notare, come nel suo modo di operare quale clausola di compatibilità, la funzione correttiva del diritto internazionale pare potersi porre in analogia con il limite di ordine pubblico di diritto internazionale privato, operante, come noto, in concreto e solo dopo l'applicazione dell'ordinamento straniero richiamato²⁴⁴.

In definitiva, la ricostruzione fin qui proposta tenta di assicurare coerenza all'ambiente giuridico creato dal trattato ed alle posizioni giuridiche assicurate all'individuo all'interno del medesimo²⁴⁵ e che nello stesso trovano fondamento. L'ordinamento internazionale e l'ordinamento interno richiamato *concorrono*, infatti, a definire le posizioni giuridiche dell'investitore rispetto allo Stato ospite; tali sistemi normativi vengono richiamati di volta in volta separatamente o contemporaneamente in virtù dello specifico profilo rilevato nella fattispecie. Pare quindi logico assicurare armonia a tale sistema attraverso la funzione correttiva del diritto internazionale. Potrebbe sostenersi, nella misura in cui l'analogia asserva ad una funzione esplicativa, che gli arbitri sono obbligati ad un sorta di esercizio di "interpretazione conforme" delle norme di un ordinamento interno richiamato allo standard normativo imposto dal trattato.

²⁴³ CRESPI REGHIZZI, ult.op.cit., p. 34

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 35

²⁴⁵ Il fondamento della posizione del privato è quindi da ricercare proprio in questo ambiente, che, come detto, comprende un fascio eterogeneo di rapporti, non quindi in un singolo ordinamento sia esso interno o internazionale, sul punto estensivamente CRESPI REGHIZZI, cit. p. 8 ss.

Quid iuris se il giudizio non sorge al di fuori dell'ordinamento statale, come nel caso dell'arbitrato *treaty-based*, ma si incardini di fronte ai giudici dello Stato ospite?

In primis, sia che il contratto d'investimento sia inserito nella cornice giuridica di un trattato internazionale, sia che a rilevare sia una norma consuetudinaria in materia, può affermarsi che i giudici interni dovranno operare un primo esame di compatibilità della legge straniera richiamata rispetto alle norme di diritto internazionale generale o pattizio introdotte nell'ordinamento interno tramite il processo di adattamento. Queste ultime potrebbero, ad esempio, avere autorizzato lo Stato ad adottare determinate *Regulatory Measures* o potrebbero concorrere ad integrare il limite di ordine pubblico della *lex fori*²⁴⁶, o, ancora, qualificarsi quali norme imperative.

Nel caso in cui la *lex contractus* designata sia lo stesso diritto interno dello Stato ospite, le norme internazionali cui l'ordinamento si è adattato troveranno applicazione proprio in virtù del richiamo.

In merito a tali ultimi profili, *nulla quaestio*: una volta introdotte nell'ordinamento statale, le norme di diritto internazionale entrano pienamente a far parte di esso, sia nel caso in cui esista un trattato bilaterale di investimento, sia se si ritenga rilevante una norma di diritto consuetudinario.

Va, tuttavia, specificato che l'esame di compatibilità potrebbe risolversi a sfavore della norma internazionale in materia di protezione e promozione degli investimenti. Una volta che il giudice si sia determinato per l'applicazione di una norma di diritto internazionale incorporata nell'ordinamento interno, potrebbe, infatti, verificarsi la circostanza che tale previsione si trovi in antinomia con la *lex contractus*²⁴⁷.

Nell'ipotesi di un conflitto normativo, l'esito varierà in base all'approccio accolto dal sistema di riferimento, se monistico²⁴⁸ o dualistico, ed alla posizione riconosciuta a quella determinata norma internazionale nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento di riferimento, generalmente indicata dallo strumento normativo adottato per introdurla. In linea di massima, se le due norme contrastanti non potranno essere conciliate per via interpretativa, sarà la norma di diritto interno a prevalere su di essa²⁴⁹.

²⁴⁶ Sul punto vedi MANIRUZZAMAN, *The evolution*, cit. p. 73 ss.

²⁴⁷ Sull'applicazione del diritto internazionale da parte dei giudici interni e sul rapporto con l'ordinamento statale di riferimento cfr estensivamente NOELLKAEMPER, NIJMAN, (eds) *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford 2007; CRAWFORD, *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford, ult. ed., p. 57 ss.

²⁴⁸ In tale ipotesi la norma internazionale avrà precedenza sull'ordinamento interno.

²⁴⁹ Così SHELTON, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, 2011.

Resta ferma, in tutti i casi, la responsabilità internazionale dello Stato per aver adottato una condotta conforme al diritto interno o al diritto straniero designato²⁵⁰, ma difforme dal diritto internazionale, che potrà essere fatta valere dall'investitore attraverso i tribunali arbitrali, se competenti, o sollecitando il proprio Stato ad agire in protezione diplomatica, dopo aver esaurito tutti i ricorsi interni²⁵¹.

12. Come visto *supra*, la peculiarità dei rapporti giuridici sorti in seno ad un'operazione d'investimento costringe l'interprete ad interrogarsi sulle norme applicabili al rapporto di specie. Sebbene l'operazione d'investimento si realizza tramite il contratto sottoscritto dallo Stato e l'investitore, sono plurimi gli strumenti giuridici che concorrono a regolarla. Questi, in particolare, trovando fondamento in ordinamenti separati, contribuiscono a rendere la disciplina degli investimenti ambito ibrido e di non facile individuazione.

Nel caso in cui lo Stato ospite e lo Stato d'origine dell'investitore abbiano sottoscritto un trattato bilaterale per la promozione e la protezione degli investimenti, cui sia seguito un contratto fra l'investitore e il Paese ospite²⁵², v'è da chiedersi quale siano le norme regolatrici di una *controversia* sorta fra Stato ed investitore intorno alla singola operazione d'investimento. Dato il carattere ambiguo della materia in oggetto, sarà quindi necessario effettuare un'operazione preliminare di qualificazione della controversia.

Questa potrebbe infatti sorgere intorno alla violazione di uno standard normativo contenuto nel trattato o di diritto internazionale generale o, ancora, di una disposizione contrattuale²⁵³, sollevando così la questione della responsabilità dello Stato per illecito internazionale.

²⁵⁰ Sul punto va, inoltre, precisato che talune giurisdizioni di *common law* adottano la dottrina dell'*Act of State*: se viene richiamato il diritto interno di un altro Stato, ed esso risulta essere contrastante con il diritto internazionale, il giudice rifiuterà di emanare un giudizio in merito nel rispetto della sovranità dello Stato dell'ordinamento richiamato.

²⁵¹ Nell'ipotesi in cui sia possibile accedere ad un arbitrato internazionale, l'investitore non avrà l'obbligo preventivo di esaurire i ricorsi interni.

²⁵² E' il caso del contratto stipulato dal Cameroun.

²⁵³ Sulla distinzione vedi estensivamente CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2008, cit.; SCHREUER, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims, the Vivendi I case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londra, 2005, p. 281 ss; *Ibid.* GAILLARD, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims, the SGS Cases Considered*, p. 325 ss; SASSON, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, the Unsettled Relationship between International and Municipal Law*, Leiden, 2012. p. 151 ss.

La circostanza che un sistema istituito da un BIT contenga una clausola di giurisdizione che consente di adire un tribunale arbitrale per la risoluzione delle controversie sorgenti sia da un inadempimento contrattuale, che da una violazione uno standard convenzionale a protezione dell'investitore non deve, tuttavia, far perdere di vista la fondamentale distinzione fra *treaty claims* e *contract claims*, considerata probabilmente una delle questioni più delicate del diritto internazionale degli investimenti.

Il *leading case* in materia è sicuramente rappresentato dal procedimento di annullamento del lodo *Vivendi*²⁵⁴, in cui la *Ad Hoc Committee* ha fornito una serie di criteri per distinguere e descrivere il diverso ruolo svolto rispettivamente dal diritto internazionale e dal diritto interno in ordine ad una controversia sorta nell'ambito di un'operazione d'investimento. La Commissione ha specificato, in particolare, che *treaty* e *contract claims* rimangono soggetti alla disciplina per essi prevista dalla legge applicabile a ciascuno di essi, rigettando le ipotesi sopra viste fondate sul principio *pacta sunt servanda*²⁵⁵.

In particolare, la qualificazione della violazione delle singole fattispecie va effettuata valutando, *in primis*, se l'atto posto in essere dallo Stato si ponga in contrasto con una norma internazionale, sia essa pattizia o consuetudinaria. Qualsiasi altra qualificazione fondata sulla natura della violazione, se *iure imperii* o *jure gestionis*, non ha nessuna rilevanza ai fini della caratterizzazione di un atto quale illecito internazionale²⁵⁶. Se è vero che un inadempimento contrattuale può contemporaneamente assurgere a

²⁵⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/97/3.

²⁵⁵ Alcuni autori ritengono che una qualsiasi violazione di un contratto determini la violazione del trattato, argomentando che l'inadempimento da parte dello Stato di una disposizione contrattuale implica la violazione del principio *pacta sunt servanda*, sulla cui pretesa applicabilità ai contratti di Stato vedi *supra*, fra questi vedi JENNINGS, cit. p. 156 ss., SCHWEBEL, *Justice in International Law*, cit. p. 427 ss. In particolare, le argomentazioni della Svizzera nel caso *Losinger & Company*, PCIJ, Series A/B n. 67, 1938 e della Grecia nel caso *Ambatielos* di fronte alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale rappresenterebbero, secondo questi autori espressione di un *opinio* diffusa fra gli Stati. Sul punto si faccia solo rilevare che in entrambi i casi la Corte ha negato la propria giurisdizione, non giungendo, quindi, ad accertare la responsabilità dello Stato inadempiente. La Corte Internazionale di Giustizia ha, d'altro canto, avuto modo di enfatizzare, nel caso *Anglo Iranian Oil Company*, controversia sorta in seguito alla nazionalizzazione dell'industria petrolifera iraniana, che il contratto fra il governo persiano e la società non era nulla di più che un contratto di concessione e che esso non costituiva un trattato, *Anglo Iranian Oil Co Case*, (*Kingdom v. Iran*) International Court of Justice, Judgement 22 July 1952, par 84 ss. Per uno stesso indirizzo nella prassi arbitrale vedi *Aramco* e *Liamco*, già citati *supra*.

²⁵⁶ Così DOLZER, SCHREUER, cit. p. 142 ss, SCHILL, *Contracting*, cit. p; CRAWFORD, *Brownlie's Principles*, cit. p. 548 ss, SASSON, cit. p. 165 ss. Cfr, il caso il caso *ELSI*, par. 73: «*Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision*», Corte Internazionale di Giustizia *ELSI, United States of America v. Italy*, Judgement 20 July 1989.

violazione delle norme pattizie, è necessario che questo si verifichi sulla base di un *quid pluris* che eleva la violazione contrattuale ad illecito internazionale²⁵⁷.

Tuttavia l'introduzione di clausole ad ombrello²⁵⁸ nei trattati bilaterali d'investimento ha gettato una zona d'ombra sulla distinzione sopra delineata, ponendo la questione di una possibile sovrapposizione fra *contract* e *treaty claims*.

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in materia è estremamente esteso. Sia sufficiente indicare una serie di tendenze riscontrate nell'analisi della prassi e della letteratura, specificando previamente, che l'effetto delle clausole ad ombrello deriva *in primis* dalla loro redazione²⁵⁹. Queste infatti potrebbe contenere una generica dichiarazione d'intenti da parte degli Stati ad impegnarsi al rispetto degli obblighi assunti con gli investitori²⁶⁰ o invece imporre un'obbligazione specifica in capo allo Stato ospite di rispettare "*all the commitments entered into the national of the other State Party*"²⁶¹.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza arbitrale²⁶², le clausole ad ombrello consentirebbero di eguagliare i piani di violazione, esclusivamente nel caso in cui sia possibile verificare che le parti abbiano condiviso un simile intento nell'apporre la clausola; tale ipotesi si presta alla facile obiezione che una simile interpretazione si pone in netto contrasto con il principio di effetto utile e il criterio generale d'interpretazione di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

²⁵⁷ Ciò non toglie che il diritto internazionale applicabile al *treaty claim* possa effettuare un *renvoi* al diritto interno per dirimere aspetti, quali i diritti di proprietà, regolati dalle norme dello Stato di riferimento. In questo caso non si tratta di un meccanismo di diritto internazionale privato, ma di un naturale effetto dell'operare della norma internazionale. Vedi CRESPI REGHIZZI, cit. p. 40 ss; DOUGLAS, *The Hybrid Foundation*, cit. p. 198. In tale ipotesi, le norme di diritto interno non varranno quale mero fatto per il diritto internazionale, ma contribuiranno giuridicamente a qualificare l'illecito internazionale

²⁵⁸ Per l'origine delle clausole ad ombrello, SINCLAIR, *The Origin of Umbrella Clauses*, p. 413 ss; estensivamente, VOSS, cit. p. 223 ss..

²⁵⁹ Cfr. estensivamente CRAWFORD, *Treaty and Contract* cit. p. 367 ss.

²⁶⁰ Vedi e.g. la formulazione dell'art. 11 del BIT fra Pakistan e Svizzera, che per la sua vaga formulazione ha dato luogo al sorgere della controversia nel caso *SGS v. Pakistan*, *infra*.

²⁶¹ E' il caso delle previsioni inserite nel US Model BIT del 1984 – 1987, che utilizza la seguente espressione "*Each party shall observe any obligation it may have entered into it with regards to investments.*". Una simile clausola è contenuta nel BIT fra Cameroun e Stati Uniti del 1986.

²⁶² In virtù delle ambigue formulazioni delle clausole ad ombrello, la prassi arbitrale è estremamente frammentaria in materia ed ha prodotto decisioni di segno opposto. Cfr. e.g., i due casi in cui era coinvolta la Société Générale de Surveillance SA, rispettivamente contro il Pakistan, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case n. ARB/01/13, 6 Agosto 2003 e le Filippine *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 Gennaio 2004: il tribunale ha reso due pronunce contrastanti in proposito, sostenendo, nella prima, che la clausola ad ombrello fosse priva dell'effetto di equiparare inadempimenti del contratto e violazioni del trattato e, nella seconda, argomentando, invece, che la clausola interpretata alla luce del suo oggetto e del suo scopo, esprimeva la volontà delle parti di ammettere simile equiparazione.

La seconda tendenza è quella di riconoscere un simile effetto alla clausola solo nel caso in cui la violazione derivi dall'esercizio dell'autorità sovrana dello Stato. In proposito, valgono le considerazioni più sopra effettuate in merito alla distinzione fra *contract* e *treaty claims* tramite l'utilizzo (dubbio) della categoria di *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*.

Infine, l'approccio estensivo²⁶³, ritiene che l'effetto di una clausola ad ombrello sia esattamente quello di equiparare una violazione di una disposizione contrattuale ad un illecito internazionale. Le *umbrella clauses* servirebbero, in altri termini, ad introdurre, nel sistema istituito dal trattato, una norma che prescriva agli Stati di adempiere agli obblighi assunti con i privati tramite la conclusione di un contratto di investimento, norma altrimenti non rinvenibile nel diritto internazionale generale.

Se nell'ipotesi della valutazione della compatibilità della condotta dello Stato in virtù della *lex contractus* rispetto agli standard di trattamento imposti dal trattato, l'ordinamento interno vale solo come fatto, nel caso in cui sia presente una clausola ad ombrello²⁶⁴, il rapporto fra diritto interno e diritto internazionale viene alterato; la *lex contractus* contribuisce, infatti, a definire le lesione dello Stato rispetto all'investitore in quanto valutazione giuridica vera e propria²⁶⁵ del comportamento dell'ente sovrano. Una simile ricostruzione può essere accolta solo a patto di non mutare la legge applicabile alla controversia.

A parere di chi scrive, la qualificazione della lesione quale illecito internazionale non deriva, infatti, dalla violazione del contenuto prescrittivo di una norma internazionale *sostanziale*, ma dalla violazione della più generica *umbrella clause*, che, pur non disciplinando concretamente alcun aspetto del contratto, presenta un proprio contenuto. Quest'ultimo può venire in rilievo solo se vi è una contemporanea lesione del contratto: in altri termini le due prescrizioni concorrono al prodursi dell'illecito. La violazione contrattuale non lede *per se* il diritto internazionale; l'illecito si produce in quanto

²⁶³ Vi è in effetti una quarta ipotesi, prospettata da CRAWFORD (approccio *integrazionista*), ai sensi della quale l'effetto delle clausole ad ombrello altro non implicherebbe che un ulteriore meccanismo di *enforcement* per le controversie contrattuali, senza per questo modificare la legge applicabile alla controversia o offuscare la distinzione fra trattato e contratto; non si verificherebbe, dunque l'internazionalizzazione del *contractual claim*, né se ne modificherebbe la qualificazione. A parere di chi scrive, non si ritiene tuttavia possibile adottare un simile approccio: il ragionamento in parola si limita ad eguagliare la clausola ad ombrello ad una clausola di giurisdizione, ignorandone il contenuto sostanziale. Va aggiunto, inoltre, che i BIT contengono spesso clausole di giurisdizione che estendono la competenza degli arbitri designati anche alle controversie contrattuali; queste ultime non sono però clausole ad ombrello, né intendono perseguire il medesimo effetto.

²⁶⁴ Vedi *supra*, la funzione correttiva del diritto internazionale.

²⁶⁵ Così CRESPI REGHIZZI, cit. p. 43 ss, SCHILL, *Contracting*, cit. p. 76 ss.

l'inadempimento contrattuale attiva la contemporanea violazione della clausola in parola. Il fatto che la conseguenza della violazione si qualifichi quale illecito internazionale, non toglie comunque che l'inadempimento contrattuale *per se* venga valutato ai sensi della legge applicabile al contratto.

13. Una volta ricostruita sul piano logico l'applicabilità del diritto internazionale alle controversie sorte in ordine ad un'operazione d'investimento, sia che si tratti di *treaty claims* che di *contract claims*, v'è da chiedersi se *altre* disposizioni internazionali, diverse da quelle che prescrivono determinati standard di protezione degli investimenti, possano trovare un margine di applicazione.

La proliferazione dei trattati in materia di protezione e promozione degli investimenti e la specializzazione che tale fenomeno ha portato con sé hanno posto la questione del rapporto fra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto internazionale generale e pattizio e della collocazione di esso nell'ordinamento giuridico internazionale. La questione può facilmente inserirsi nel più ampio dibattito in materia di frammentazione del diritto internazionale²⁶⁶.

Le difficoltà generate dalla progressiva diversificazione del diritto internazionale sono state portate all'esame della Commissione di Diritto Internazionale, che, nel suo Report del 2006, ha indicato una serie di criteri per garantire l'armonizzazione di diversi settori del diritto internazionale²⁶⁷, ricorrendo, in particolare, al principio di integrazione sistemica nell'interpretazione dei trattati, di evidente rilevanza per la questione in oggetto²⁶⁸.

²⁶⁶ Sul dibattito in punto di frammentazione e *self-contained regimes* vedi estensivamente, SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss DUPUY, *Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation: sur la fragmentation du droit international*, in *European Legal Studies*, 2007 p. 1 ss; CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: «Glissez, mortels, n'appuyez pas»*, in *Revue General Du Droit International*, p. 5 ss; PAUWELJN, JOOST, (eds.), *Conflict of Norms in Public International Law*, Boston, 2003; TREVES, *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, 2008, p. 823 ss; HOWSE, *Fragmentation and Utopia: Towards an Equitable Integration of Finance, Trade, and Sustainable Development in Realizing Utopia*, CASSESE (ed.), p. 428 ss.

²⁶⁷ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L682 (ILC Fragmentation Report), UN Doc A/CN.4/L702, (ILC Fragmentation Conclusions). Sul punto vedi MCLACHLAN, *Investment Treaties and General Investment Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 36

²⁶⁸ Va, tuttavia, specificato che le conclusioni raggiunte dalla Commissione sono state oggetto di numerose critiche, vedi in particolare CONFORTI, cit. Sebbene alcune notazioni siano condivisibili, il lavoro della CDI presenta comunque un valore aggiunto, che risiede principalmente nell'avere stilato una

Va da subito sgombrato il campo dall'ipotesi che il diritto internazionale degli investimenti rappresenti un *self-contained regime*²⁶⁹, isolato dalla naturale dinamica interrelazionale dell'ordine giuridico: le convenzioni in materia di investimenti sorgono nell'ordinamento internazionale e sono regolate da tale sistema normativo²⁷⁰. Il rapporto con il diritto internazionale generale può definirsi simbiotico²⁷¹: tale circostanza non impone una relazione di identità tra il diritto generale e le norme contenute nei trattati. Quello che si intende con tale espressione è, piuttosto, la possibilità che il contenuto degli obblighi pattizi sia informato al diritto internazionale generale, e che esso, d'altro canto, possa contribuire allo sviluppo della consuetudine internazionale.

E' necessario, tuttavia, specificare preliminarmente che l'applicazione delle norme consuetudinarie nel contesto di un obbligo pattizio non passa esclusivamente dall'individuazione del diritto internazionale generale come legge applicabile al trattato: l'integrazione deve, infatti, essere veicolata, *in primis*, dall'operare del processo interpretativo del trattato, accogliendo in particolare le indicazioni fornite dalla CDI in materia di integrazione sistemica.

Conviene sin da subito specificare un aspetto della vicenda che consente di sgombrare il campo da una certa confusione fra giurisdizione e legge applicabile che si è determinata in materia.

I tribunali arbitrali hanno infatti una competenza limitata alle sole questioni che le parti hanno convenzionalmente deciso di sottoporgli tramite una *dispute resolution clause*, atta, per l'appunto, a limitare l'estensione della competenza del tribunale a determinate materie.

serie di linee guida per la composizione dei contrasti normativi, adottate, peraltro, dalla generalità degli Stati, così TREVES, cit. p. 843.

²⁶⁹ Sul punto estensivamente cfr. SIMMA, PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 483 ss; SIMMA, *Foreign Investment Arbitration, A Place for Human Rights?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 576.

²⁷⁰ Nella prima procedura di arbitrato ICSID, il Tribunale ha sottolineato il rapporto di continenza fra i BIT e il diritto internazionale: «*Furthermore, it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules of other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature. Such extension of the applicable legal system resorts clearly from Article 3.(1), Article 3.(2), and Article 4 of the Sri Lanka/U.K Bilateral Investment Treaty* », *Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, 1990, ICSID Case n. ARB/87/3, para 21.

²⁷¹ MCLACHLAN, *Investment Treaties*, cit. p. 364.

Tale limitazione in ordine al tipo di controversie dipende dall'ampiezza della clausola compromissoria²⁷². Essa non prescrive, però, al tribunale quale sia la legge da applicare alle questioni sottoposte alla sua attenzione.

I tribunali arbitrali restano, quindi, liberi di stabilire quali siano le norme applicabili alla controversia, in base a quanto stabilito dalle parti nelle clausole di legge applicabile²⁷³ o dalle stesse regole di procedura cui il tribunale deve attenersi. Nel caso della Convenzione ICSID, è lo stesso articolo 42 che impone al giudice di applicare «*such rules of international law as may be applicable*». In particolare, va sottolineato che il riferimento al diritto internazionale è effettuato *nella sua interezza*, comprese, evidentemente, le norme consuetudinarie²⁷⁴.

Come anticipato, però, la questione non si risolve interamente nella mera trasposizione del diritto internazionale generale in una controversia sorta intorno ad un BIT. E' necessario che il tribunale nel trattare la questione faccia riferimento agli strumenti in materia di interpretazione dei trattati²⁷⁵, cui gli arbitri sono obbligati ad attenersi, codificati dagli artt. da 31 a 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969²⁷⁶.

²⁷² MCLACHLAN, cit. p. 370; TREVES, cit. p. 857; REINER, SCHREUER *Human Rights and International Investment Arbitration*, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, DUPUY, PETERSMANN, FRANCONI (eds.). Una *dispute settlement clause* può essere contenuta anche in un contratto d'investimento: nel caso di *contract claims*, il richiamo al diritto internazionale avrà gli effetti *supra* visti; nel caso in cui il BIT contenga una clausola ad ombrello, le norme di *ius gentium* opereranno secondo quanto indicato nel presente paragrafo.

²⁷³ E' il caso, ad esempio, del US Model BIT del 2012 all'art. 30, che richiama le norme di diritto internazionale applicabili o di altri strumenti multilaterali, o del NAFTA e del ECT, rispettivamente agli artt. 1131 e 26.

²⁷⁴ Cfr. *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. The Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, para 61 – 62: «*MTD's claim is one for "an alleged breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment by such investor" (BIT, Article 6(1)(ii)), and thus International law as the proper law of the BIT is applicable to that claim and to any defence thereto. The Respondent insists – and the Claimants do not disagree – that the Tribunal had to apply International law as a whole to the claim, and not the provisions of the BIT in isolation. 62. For its part the Tribunal also agreed. It said: [F]or purposes of Article 42(1) of the Convention, the parties have agreed to this arbitration under the BIT. This instrument being a treaty, the agreement to arbitrate under the BIT requires the Tribunal to apply international law.*»

²⁷⁵ Sul punto estensivamente MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279 ss. Il criterio di integrazione sistemica assume particolare rilevanza nel contesto dei BIT; lo scopo dei trattati bilaterali d'investimento non è, infatti, di estendere o ampliare lo standard di trattamento, quanto quello di rafforzare i meccanismi di esecuzione. Le norme sostanziali, infatti, riflettono gli standard previsti a livello di diritto internazionale generale; la norma di cui all'art. 31 (3) (c) assume per tale motivo particolare rilevanza.

²⁷⁶ Sulla rilevanza delle altre norme in materia di interpretazione dei trattati rispetto all'applicazione del diritto internazionale generale, vedi MCLACHLAN, *Investment Treaties*, cit. p. 373, secondo cui il primo comma dell'art. 31 della Convenzione lascerebbe un margine di incertezza rispetto al contenuto degli obblighi convenzionali, rendendo necessario il ricorso al terzo comma lettera c) dello stesso articolo.

In particolare la previsione di cui all'art. 31(3) (c) della Convenzione, che impone all'interprete di tenere conto di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti, si rende particolarmente utile.

Secondo la posizione espressa di recente da molti²⁷⁷, il margine operativo della norma in questione si estende su due livelli, positivo e negativo, riferendosi rispettivamente 1) alla possibilità di *integrare* il diritto internazionale generale nelle norme del BIT – nell'eventualità in cui una determinata questione non venga disciplinata dagli obblighi convenzionali –, e 2) in una generale presunzione di conformità, ai sensi della quale le parti nell'obbligarsi al trattato non intendevano contravvenire ad altre norme di diritto internazionale generale o convenzionale cui si erano previamente impegnati, a meno che il trattato non specifichi l'intenzione opposta con un linguaggio espressamente indicativo del contrario²⁷⁸.

Il richiamo al diritto internazionale generale è utile, in particolare, per l'applicabilità nel contesto dei trattati bilaterali d'investimento di quelle norme che informano il generale funzionamento dell'ordinamento internazionale.

I trattati, in quanto costituiti spesso da una lista di norme primarie lasciano, infatti, aperte certe questioni regolate da norme secondarie, in materia, ad esempio, di responsabilità²⁷⁹. L'applicazione di tali norme, come detto, non è destinata a stravolgere gli obblighi convenzionali; essa deve conformarsi al metodo esegetico imposto dagli artt. 31 – 33: le prescrizioni richiamate dovranno dunque essere *rilevanti* rispetto al

²⁷⁷ Così MCLACHLAN, cit. p. 371.

²⁷⁸ La Corte Internazionale di Giustizia ha già fatto applicazione di tale principio nel già citato caso sulle *Piattaforme Petrolifere*, specificando al paragrafo 73 che: «*the Treaty of Amity (...) was not intended to produce results that diverged from the general international law on the use of force.*» Vale la pena effettuare una considerazione di ordine generale: in linea di massima, nel caso in cui si sia in presenza di obblighi contrastanti vertenti sulla medesima materia, varranno i criteri generali di composizione delle antinomie normative, sia che si tratti di prescrizioni omogenee (appartenenti, cioè alla stessa fonte del diritto) sia che si tratti di regole eterogenee. Ad operare saranno quindi i principi *lex specialis derogat generali*, *lex posterior derogat priori* e il criterio del rispetto dell'intenzione delle parti. Alcuni BIT contengono disposizioni che regolano espressamente il rapporto con altri obblighi internazionali cui le parti contraenti sono legati, come detto, si tratta, tuttavia, del riferimento ad altre previsioni vertenti sulla medesima materia. Il problema sorge, invece, quando si rilevi un contrasto fra obblighi *non identici*, perché ad esempio uno solo degli Stati contraenti del BIT è parte ad un altro trattato – ipotesi disciplinata dai comma quarto e quinto dell'art. 30 della Convenzione di Vienna –, o ancora perché le norme in contrasto con il BIT presentano un contenuto materiale diverso, che può tuttavia incidere nell'esecuzione degli obblighi pattizi. L'art. 31 (3) (c) interviene proprio per evitare un giudizio di antinomia *a priori*, consentendo di armonizzare le norme contrastanti, cercando di individuare dei margini di compatibilità, che permetta la contemporanea di rispettare entrambe le prescrizioni.

²⁷⁹ Sul punto vale la pena specificare che le prescrizioni in materia di illecito internazionale si applicano alla responsabilità dello Stato in via generale, sia che essa sorga nei confronti di un altro Stato che nel caso in cui il beneficiario non sia un ente sovrano, ma un investitore privato.

petitum in oggetto, necessarie, cioè, per assistere l'interprete nell'esegesi delle norme pattizie, che rimangono sempre al centro dell'indagine²⁸⁰.

Simili considerazioni possono essere svolte rispetto al rapporto fra il diritto internazionale degli investimenti ed un altro *corpus* normativo, estremamente rilevante nella gestione delle operazioni d'investimento, quello dei diritti umani.

14. Le norme in materia di diritti umani ed il *corpus* di prescrizioni in materia di investimenti, sono generalmente percepiti come due sistemi normativi afferenti a materie del tutto distinte: i primi relativi alla protezione dei singoli nella loro sfera di persona umana²⁸¹, i secondi agli standard di trattamento riservati ai privati, generalmente persone giuridiche, in ambito economico²⁸².

Le considerazioni appena svolte in tema di *self-contained regime* e frammentazione rispetto al diritto internazionale generale, assumono, quindi, rilevanza anche in merito alla possibile incidenza delle norme poste a tutela dei diritti umani nell'ambito di una controversia in materia di investimenti.

Il fatto che si ravvisi una differenza strutturale fra diritto internazionale degli investimenti e diritti umani ha portato, infatti, numerosi arbitri a determinarsi a favore delle obbligazioni pattizie o contrattuali, senza considerare possibili argomenti sostanziali a favore di un'integrazione tra *investment* e *non-investment obligations*²⁸³.

In ogni caso, anche quando venga attribuita rilevanza a tali norme, la tensione non si risolve generalmente che *ex post*, e precisamente nel mero giudizio in ordine alla

²⁸⁰ Sulla pericolosità di un'applicazione indiscriminata ed irrispettosa del criterio di integrazione sistemica, vedi MCLACHLAN, *Investment Treaties*, cit. p. 383 ss. Nel caso in cui si tratti di prescrizioni aventi il medesimo contenuto, l'applicazione forzata di norme di diritto internazionale generale agli obblighi convenzionali rischia di sovvertire l'originaria intenzione delle parti, che avevano espressamente concordato un diverso regime normativo, sul punto vedi *supra*.

²⁸¹ Su origini e distinzioni tra i due settori, vedi DUPUY, *Unification rather than Fragmentation of International Law? The case of International Investment Law and Human Rights Law*, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, DUPUY, PETERSMANN, FRANCONI (eds), Oxford, 2009.

²⁸² La penetrante incidenza dei trattati bilaterali d'investimento nell'ambito di materie di interesse pubblico dello Stato ha condotto alcuni autori ad interrogarsi sulla necessità di controbilanciare tale influenza, garantendo corrispondenti opportunità alla società civile di accedere alla giustizia, sul punto vedi FRANCONI, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 729 ss. .

²⁸³ Sul punto vedi REINER, SCHREUER, cit. p. 9; HIRSCH, cit. p. 179. La preferenza accordata dai tribunali agli obblighi contrattuali deriva essenzialmente dalla circostanza che la relazione giuridica fra Stato ed investitore è asimmetricamente a favore dello Stato ospite, per cui gli arbitri tendono ad enfatizzare le disposizioni negoziali ed il principio di buona fede, in particolare rispetto alle informazioni cui l'investitore poteva accedere al momento della conclusione del contratto. Sulla riluttanza dei tribunali arbitrali a valutazioni che coinvolgano i diritti umani vedi UNCTAD, *Selected Recent Development in IIA Arbitration and Human Rights*, IIA Monitor No.2, *International Investment Agreements*, 2009, p. 3 ss.

titolarità in capo all'investitore di una compensazione *prompt adequate and effective* per la compressione dei suoi diritti cui si è dato seguito per ragioni di pubblico interesse²⁸⁴.

La naturale conseguenza nel dar seguito ad un simile orientamento è che lo Stato tenderà a limitare il proprio intervento in favore dell'interesse pubblico per non dovere compensare l'investitore dei danni subiti.

Per tale ragione, è utile individuare una strategia che consenta, piuttosto, di armonizzare preventivamente le *investment e non- investment obligations* in modo da renderle compatibili e garantire allo Stato il giusto margine di intervento per il rispetto degli obblighi in materia di diritti umani cui esso è legato.²⁸⁵

Il punto di partenza, già acclarato, è che il richiamo al diritto internazionale è effettuato nella sua interezza²⁸⁶, le norme in materia di diritti umani, in quanto rilevanti potranno, quindi, trovare applicazione nelle procedure arbitrali. Tuttavia, come anticipato, è necessario valutare come tale rapporto, nel caso di obblighi fra loro concorrenti, possa essere risolto.

In primis, è necessario specificare che le norme poste a tutela di diritti umani fondamentali cui sia riconosciuto lo *status* di *jus cogens* impongono di interpretare le previsioni del trattato conformemente al contenuto di tali norme, pena la nullità della convenzione bilaterale d'investimento, conformemente a quanto previsto dall'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

A livello interstatale, inoltre, simili fini possono essere raggiunti includendo già a livello di BIT norme di armonizzazione che garantiscano la coerenza fra i due sistemi normativi, tramite, ad esempio, l'incorporazione di specifici standard di protezione²⁸⁷ in materia di salute, ambiente o condizioni lavorative, che si rendono così immediatamente applicabili ad una controversia sorta in ordine alle disposizioni pattizie.

²⁸⁴ Sul punto, è importante distinguere fra *regulatory takings* e *police powers*: solo i primi infatti, danno diritto ad un'adeguata compensazione. Sul punto vedi sezione I del presente capitolo.

²⁸⁵ Vedi sul punto *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic* ICSID Case, No ARB/06/05, 15 Aprile 2009. Secondo il tribunale arbitrale, «*investment protection should not be granted to investments made in violation of the most fundamental human rights*».

²⁸⁶ Il richiamo effettuato al *corpus* sostanziale di norme internazionali deve essere inteso nel senso attribuito dall'art. 38 (1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, così GAILLARD, BANIFATEMI, *The meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, in *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 2003, p. 397 ss. ; DUPUY, *Unification*, cit. p. 13.

²⁸⁷ E' il caso del Canada Model BIT, all'art. 11 (Health, Safety and Environmental Measures) e del US 2004 Model BIT, art. 12 (Investment and Environment) ed art. 13 (Investment and Labour).

Indipendentemente dalle ipotesi sopra rilevate, ed in virtù di quanto sopra visto, va ricordato che i trattati di investimento non possono essere interpretati in un *vacuum* normativo, in quanto *corpus* facenti parte dell'ordinamento internazionale.

Simile integrazione sia per le norme consuetudinarie che pattizie può quindi rendersi possibile, facendo attento uso dei requisiti dettati dalla prescrizione di cui all'art. 31 (3) (c): *in primis* la norma *esterna* richiamata deve essere individuata nel suo preciso ambito di applicazione per stabilire in che misura questa possa essere utilizzata per interpretare le norme del trattato; è necessario, inoltre, che venga dimostrata la *relazione giuridica sostanziale* della norma richiamata rispetto alla disposizione pattizia in analisi, per stabilire se questa effettivamente abbia interferito con il sorgere della controversia o ne possa influenzare lo sviluppo²⁸⁸.

Si tratta di un esame che va effettuato sulla singola fattispecie concreta, orientata in ogni caso ad interpretare e non a modificare la portata normativa di una norma del trattato.

Nella misura in cui tali requisiti siano stati soddisfatti, è necessario esplorare, di volta in volta, come possa effettivamente operare l'interazione. Il problema non è di poco conto, considerato l'impatto determinato dai contratti di investimento a lungo termine, in particolare sul pieno godimento dei diritti sociali ed economici²⁸⁹, alla cui tutela la maggior parte degli Stati è obbligata conformemente al Patto di New York sui diritti sociali culturali ed economici del 1966.

Secondo la più attenta dottrina, il rapporto fra questi due *corpus* normativi si riflette nella tensione verso due distinti obiettivi: il primo, per l'investitore, nell'individuare correttamente il rischio politico che egli assume con l'investimento ed il correlativo calcolo del prezzo di tali rischi rispetto alle sue aspettative di capitalizzazione²⁹⁰; dall'altro, per lo Stato quello di mantenere un adeguato livello di *regulatory power* che gli consenta di rispettare gli obblighi internazionali cui esso è legato in materia di diritti umani²⁹¹.

²⁸⁸ Sul punto DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation*, cit. p. 59; SIMMA, *Foreign Investment*, cit. p. 585. Sul punto è utile specificare che le "parti" indicate dall'art. 31 (3) (c) per il cui rapporto viene effettuato il giudizio di rilevanza della norma, sono naturalmente gli Stati contraenti di un BIT.

²⁸⁹ Vedi capitolo I e V del presente lavoro, sul punto SIMMA, *Foreign Investment*, cit. p. 578.

²⁹⁰ Perché le aspettative dell'investitore possano considerarsi legittime, gli arbitri dovranno tenere conto della conoscenza che egli doveva avere degli obblighi dello Stato in materia di diritti umani, che potevano incidere sulla condotta di quest'ultimo, così DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation*, cit. p. 55.

²⁹¹ Vedi SIMMA, *ibid.* p. 582, in cui l'autore si riferisce al rischio di un potenziale *regulatory chill* dello Stato ospite nell'implementazione delle misure necessarie a conformarsi ai propri obblighi in materia di diritti umani.

Per accomodare questa tensione, e con riferimento, in particolare, agli obblighi di protezione imposti agli Stati nel contesto dei diritti sociali, economici e culturali²⁹², l'art. 31 (3) (c) può essere utile – purchè si rispetti il requisito di rilevanza – nell'ispirare la qualificazione di concetti quali “finalità pubblica”²⁹³ rispetto alla distinzione fra *police powers* and *indirect expropriation*; o ancora il requisito della “necessità ed urgenza”²⁹⁴ potrebbe essere interpretato quale criterio contenente i *minimum core obligations* al cui rispetto gli Stati sono legati; infine il requisito di “non discriminazione”²⁹⁵ nei confronti del singolo investitore potrebbe essere interpretato alla luce della CERD, che prevede la possibilità che il criterio soffra di alcune eccezioni in determinati casi specifici²⁹⁶.

In altri termini, nel caso in cui lo Stato sia in grado di dimostrare che i diritti umani considerati, incidono in maniera *effettiva* sull'implementazione dell'operazione di investimento intorno al quale è sorta la controversia, il tribunale dovrà tenere conto di tali allegazioni e tentare di pronunciarsi in maniera tale da potere conciliare le due norme concorrenti, tutelando l'interesse pubblico dello Stato, senza comprimere in maniera sproporzionata i diritti dell'investitore²⁹⁷.

E' necessario, tuttavia, ribadire che tale operazione rimane un processo interpretativo, che non può, evidentemente alterare o distorcere la lettera delle disposizioni pattizie contemplate dai BIT. Nel caso di obblighi concorrenti, fra i quali non è possibile operare un'armonizzazione, lo Stato dovrà decidere se rispettare gli uni o gli altri obblighi, incorrendo in ogni caso in responsabilità internazionale, secondo quanto già visto sopra.

²⁹² Per una ricostruzione del contenuto normativo degli obblighi in materia di diritti umani che rilevano nella questione in esame, vedi estensivamente cap. I del presente lavoro.

²⁹³ Vedi ad esempio *Mondev International Ltd v. United States of America*, ICSID Case no. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 Ottobre 2002.

²⁹⁴ Sul punto la prassi dei tribunali arbitrali è piuttosto controversa, vedi *e.g.* *LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability*, ICSID Case No. ARB/02/1, 3 Ottobre 2006; *LG&E Energy Corp. v. Argentina, Award*, ICSID Case No. ARB/02/1 25 Luglio 2007.

²⁹⁵ Sul punto vedi SIMMA, *ibid*, cit. p. 586, secondo cui i commenti e i report degli organismi che monitorano l'implementazione dei diritti umani possono essere utilizzati come linee guida per individuare correttamente il contenuto *rilevante* degli obblighi degli Stati rispetto alla controversia in oggetto.

²⁹⁶ Vedi in particolare l'art. 1(4) che garantisce il rispetto dei *beneficial measures*, intengranti una discriminazione positiva a favore di alcuni gruppi non possono essere qualificati quali atti di discriminazione razziale, nella prassi arbitrale vedi *Piero Foresti and Others v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/1, Award, 4 Agosto 2010.

²⁹⁷ Sulla proporzionalità delle *regulatory measures* rispetto al raggiungimento di un determinato obiettivo dettato dall'interesse pubblico, vedi Sezione I del presente capitolo.

Più utile sembrerebbe, quindi, ricorrere ad altre argomentazioni interpretative in grado di veicolare la tutela dei diritti umani, cui gli Stati sono obbligati, senza ricorrere all'operare dell'art. 31(1)(c).

Come è già stato anticipato, la prassi arbitrale sul punto non si è concentrata sul meccanismo finora descritto, ma non ha comunque mancato di considerare la questione del conflitto normativo qui brevemente delineato. In particolare, i tribunali hanno cercato di ottenere un simile risultato, riconoscendo agli Stati ospite il diritto di introdurre aggiustamenti legislativi o misure governative per il perseguimento di interessi pubblici, senza assoggettare tali azioni al pagamento di un'indennità compensativa²⁹⁸.

In mancanza del ricorso all'interpretazione sistematica, la questione si trasforma, quindi, nella corretta valutazione dei limiti della sfera di esclusiva competenza statale, che legittima l'ente sovrano ad adottare misure a protezione di determinati interessi²⁹⁹.

Si aggiunga inoltre che, come già visto³⁰⁰, le norme in materia di diritti umani si spingono oltre ad obbligare lo Stato ad uno rispetto deferenziale, imponendogli un obbligo positivo di agire a tutela degli individui colpiti dall'attività economica condotta da società private sul proprio territorio.

In ambito di diritto internazionale degli investimenti, il concetto più vicino all'obbligo di protezione può identificarsi nel positivo esercizio del *host State's right to regulate*³⁰¹, in quanto elemento inerente alla sovranità dello Stato.

Si tratta quindi di ricondurre il concetto di *police powers*³⁰² alla tutela dei diritti umani, valutando attentamente se, nel caso concreto, è possibile riconnettere *funzionalmente* la necessità di perseguire un determinato obiettivo pubblico alla tutela di un diritto umano specifico, secondo lo schema di proporzionalità più sopra proposto.

Nella medesima direzione si inserisce una recente ricostruzione dottrinale che tenta di rileggere le clausole di stabilizzazione alla luce del rispetto dei diritti umani, facendo ricorso a quello che viene definito *civic approach to investment contract*³⁰³ e che

²⁹⁸ Sulle divergenze arbitrali riscontrate in materia, vedi ampiamente Sezione I del presente lavoro. Su tale approccio, vedi estensivamente CREMA in *International Investment Law and Common Concern*, cit. p. 66 ss.

²⁹⁹ In questo senso vedi *Methanex*, cit. part IV, Ch. D, para 7 e *Saluka*, cit. para 245-255.

³⁰⁰ Vedi ampiamente Capitolo I presente lavoro.

³⁰¹ Su una definizione ampia, MANN, cit. , p. 22 ss.

³⁰² Il concetto è stato definito diversamente, ora come *police powers*, ora come *public purpose, general welfare of the State*, etc vedi CREMA cit. p. 66.

³⁰³ LEADER, cit., p. 628 ss

perfettamente si allinea al principio di sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali così come ricostruito nel presente lavoro.

Considerato il contenuto *obbligatorio* della sovranità permanente – che implica per lo Stato l’obbligo di esercitare dei propri poteri sovrani orientato alla promozione del *well-being* della propria popolazione³⁰⁴ – l’effetto delle clausole di “pietrificazione” andrebbe limitato a materie che non inficiano i diritti umani di cui godono gli individui sul territorio del Paese ospite.

Questi ultimi in particolare andrebbero qualificati come *terzi* rispetto alla relazione contrattuale fra Stato ed investitore ed, in quanto tali, titolari di diritti che non possono essere frustrati dall’attività negoziale dello Stato.

Al di là dello stretto rapporto negoziale, tali accordi implicherebbero *di fatto* una relazione triangolare con altri soggetti, che non può essere condotta in maniera tale da esplicare effetti negativi sulle terze parti ed inficiare l’obbligo dello Stato alla piena realizzazione dei diritti umani di cui esse sono beneficiarie³⁰⁵.

L’argomentazione non mette in dubbio *a priori* la validità delle clausole di stabilizzazione, quanto piuttosto il loro legittimo ambito di applicazione. In altri termini, tale approccio introduce una *eccezione umanitaria*, circoscrivendo gli effetti delle previsioni di pietrificazione, in modo che essi non possano estendersi sino al punto di mettere a repentaglio la realizzazione dei diritti umani coinvolti³⁰⁶.

15. Nel caso di *contract claims*, come già anticipato, il diritto internazionale può trovare applicazione quando incorporato nell’ordinamento interno applicabile al contratto di specie, tramite il processo di adattamento, o se il sistema vigente, ispirato al monismo, riconosce primazia al diritto internazionale.

L’investitore deve quindi accertarsi, prima della conclusione del contratto, delle norme internazionali in materia di diritti umani che, ormai parte dell’ordinamento interno, potrebbero incidere sull’applicazione o interpretazione delle disposizioni

³⁰⁴ Vedi estensivamente capitolo I del presente lavoro

³⁰⁵ LEADER, cit. p. 633 ss.

³⁰⁶ Vedi in questo senso il *2003 BTC Human Rights Undertaking*, che contempla un impegno unilaterale (ma pur sempre vincolante) del consorzio BTC a non interpretare le clausole di stabilizzazione presenti nei contratti in modo che esse possano impedire il perseguimento della tutela ambientale e dei diritti umani.

contrattuali³⁰⁷. D'altro canto, *bona fide*, lo Stato ha l'obbligo di indicare all'investitore gli obblighi internazionali cui esso è legato e che potrebbero avere un impatto sull'esecuzione dell'accordo, specie quando esso regoli questioni di interesse pubblico, come nei casi in esame³⁰⁸.

Sia nell'ipotesi in cui la controversia venga giudicata da un giudice interno, che devoluta alla giurisdizione di un tribunale arbitrale, dovrà, quindi, tenersi conto delle norme di diritto internazionale incorporate nell'ordinamento designato, in quanto parte integrante della *lex contractus*.

Nell'argomentare la propria decisione, il tribunale avrà quindi l'obbligo di dare effetto alla tutela dei diritti umani prevista nell'ordinamento dello Stato ospite in virtù degli obblighi internazionali cui esso si è conformato e, nel caso riscontri un contrasto con altre norme interne, dovrà comporlo secondo le regole in materia di gerarchia delle fonti proprie dell'ordinamento³⁰⁹.

Nel caso in cui la controversia sorta intorno all'applicazione o l'interpretazione di una clausola contrattuale sia regolata da un ordinamento diverso da quello dello Stato ospite, l'applicazione o l'interpretazione di una certa disposizione potrebbero essere inficiate dal pieno operare del suo *regulatory power*³¹⁰, sia in forma preventiva, tramite l'operare delle norme di applicazione necessaria³¹¹ che, successivamente e in concreto, attraverso l'operare della clausola di ordine pubblico, che impedisce alla disposizione in contrasto di produrre effetti nell'ordinamento interno.

Le norme poste a tutela dei diritti umani fondamentali potrebbero quindi prevalere nella tensione generatasi dall'antinomia con una norma dell'ordinamento applicabile in fattispecie: sia le norme di applicazione necessaria che il limite dell'ordine pubblico tendono, infatti, frequentemente, ad integrare la tutela dei diritti umani fondamentali. Un'interpretazione incompatibile con tali standard non potrà quindi trovare accoglimento.

³⁰⁷ Sulla rilevanza della conoscenza dell'investitore dell'ambiente normativo dello Stato ospite e l'incidenza sulle *legitimate expectations*, vedi nella prassi *Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 Maggio 2003.

³⁰⁸ Così, DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation*, cit. p. 60 ss.

³⁰⁹ Nella maggiorparte delle Carte Costituzionali contemporanee è presente una lista di norme a tutela dei diritti fondamentali della persona umana.

³¹⁰ Sul punto vedi CRESPI, REGHIZZI, *Regulatory Measures*, cit. p. 36 ss. e GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti d'investimento nel sistema ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, p. 677 ss. Secondo l'autore, infatti, seppure l'ordinamento designato non sia quello dello Stato ospite, nel caso in cui la legge applicabile straniera si ponga in violazione con le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento di tale Stato, questa non potrà trovare applicazione.

³¹¹ Categoria nella quale generalmente sono inserite le regolamentazioni in materia sociale. Sul punto vedi CRESPI REGHIZZI, *ibid.* p. 35

Inoltre, nell'ipotesi in cui la controversia contrattuale sia sottoposta al giudizio di un tribunale arbitrale, può dirsi *in primis* – conformemente a quanto visto *supra* – che la funzione correttiva del diritto internazionale operante come clausola generale di compatibilità comprenda anche altre norme di diritto internazionale, diverse dallo standard di protezione degli investimenti, a condizione che esse siano rilevanti rispetto alla fattispecie concreta, secondo il ragionamento più sopra effettuato in materia di integrazione sistemica.

Come detto, infatti, una simile funzione trova fondamento nella necessità di assicurare coerenza ed effettività al sistema istituito dal trattato. Nel caso in cui una norma *esterna* al BIT interferisca con tale ambiente, è necessario che le norme da considerare quale parametro di conformità vengano previamente armonizzate secondo il metodo più sopra prospettato.

Accanto al pieno operare della clausola di ordine pubblico *interno*, un interessante ostacolo posto da diversi tribunali sia interni³¹² che arbitrali³¹³ alla piena esecuzione di un contratto di Stato in contrasto con norme a protezione di diritti umani fondamentali è l'argomentazione della vigenza di un ordine pubblico internazionale o transnazionale³¹⁴, che invaliderebbe il contratto ed impedirebbe al giudice di pronunciarsi su controversie che sorgano intorno a tale negozio.

La clausola di ordine pubblico è pienamente operante, evidentemente, anche in fase di riconoscimento delle pronunce arbitrali: i giudici interni potranno infatti rifiutarsi di riconoscere una determinata sentenza o un lodo arbitrale che si ponga in contrasto con le norme poste a tutela dei diritti umani, quando esse siano considerate parte integrante dell'ordine pubblico dello Stato del foro³¹⁵.

³¹² Secondo la Corte d'Appello di Milano, ad esempio, la disposizione di cui all'art. V (2) (b) della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri del 1958, si riferirebbe all'ordine pubblico internazionale.

³¹³ ICC Award No 1110, *Work Ltd v. Republic of Kenya*, ICSID Case No ARB/00/7, 4 Ottobre 2006, entrambi vertenti in materia di corruzione.

³¹⁴ Sul fondamento di un ordine pubblico transnazionale, vedi estensivamente LALIVE, *L'ordre public transnational et l'arbitre international*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, VENTURINI, BARIATTI (eds).

³¹⁵ Le norme in materia di arbitrato ICSID non consentono, tuttavia, di opporre valutazioni di ordine pubblico all'esecuzione dei lodi. Sul punto vedi Sezione I del presente capitolo

CAPITOLO QUARTO

I principali casi di studio

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA. I CONTRATTI FRA STATI E SOCIETÀ PRIVATE IN CAMPO AGRICOLO. 1. Introduzione. – 2. *Convention between Republic of Cameroon and SG Sustainable Oils Cameroon PLC.* – 3. *Segue.* La qualificazione del contratto e la legge ad esso applicabile. – 4. *Segue.* Contenuto dei diritti concessi sulla terra. – 5. *Segue.* Previsioni in materia lavorativa e ambientale – 6. *Segue.* Disposizioni relative alla trasferibilità dei diritti e degli obblighi delle parti in capo a terzi. – 7. *Segue.* Profili di illegittimità e preesistenti diritti sulla terra – 8. *Segue.* Disposizioni in materia di risoluzione delle controversie che sorgano dall'esecuzione o dall'interpretazione del contratto. – 9. *Segue.* Previsioni in merito a clausole di stabilizzazione e *Change of Law*. – 10. *Segue.* Previsioni in materia fiscale e doganale e compatibilità con gli obblighi WTO. – 11. *Segue.* Impatto sulle condizioni ambientali e sociali dell'Area di Produzione. **SEZIONE SECONDA. GLI ACCORDI FRA STATI IN CAMPO AGRICOLO:** 12. *Convention d'investissement dans le Domaine agricole entre La République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe Libyenne populaire et socialiste.* – 13. *Segue.* Rilevanti diritti ed obblighi previsti dal contratto in capo alle parti e previsioni in materia ambientale – 14. *Segue.* Legge applicabile al negozio, regime fiscale e profilo di compatibilità con gli obblighi WTO. – 15. *Special Agricultural Consultancy between the Government of the Syrian Arab Republic and the Government of the Republic of Sudan.* – 16. *Segue.* Rilevanti diritti ed obblighi previsti dal contratto in capo alle parti. **SEZIONE TERZA. I CONTRATTI FRA STATI E SOCIETÀ DI STATO IN CAMPO AGRICOLO.** 17. *República China y Argentina (Río Negro): Convenio de entrega.* – 18. *Segue.* Rilevanti diritti ed obblighi previsti dal contratto in capo alle parti. – 19. *Segue.* Impatto ambientale e sociale dell'operazione d'investimento. **SEZIONE QUARTA. I CONTRATTI FRA PRIVATI IN CAMPO AGRICOLO.** 20. *Memorandum of Agreement (MoA) with Far Eastern Agricultural Investment Company (FEAICO) of the Kingdom of Saudi Arabia and AgriNurture, Inc. (ANI).* **SEZIONE QUINTA. I CONTRATTI FRA COMUNITÀ RURALI E PRIVATI IN CAMPO AGRICOLO.** 21. Introduzione. – 22. *Contrat d'Exclusivité pour l'Utilisation de Terre entre Agro Africa (Norvège) et Kounkane, Sénégal,* rilevanti diritti ed obblighi in capo alle parti. – 23. Qualificazione del contratto e previsioni in materia di legge applicabile. – 24. *Land Grabbing* e sovranità permanente sulle risorse naturali: *reductio ad unum.*

Sezione Prima

1. Nel capitolo in oggetto si intende presentare la prassi contrattuale che regola il trasferimento della terra e che pare potersi ricondurre al fenomeno del *land grabbing*. Accanto all'analisi delle singole clausole negoziali, si cercherà di proporre una valutazione conforme alle considerazioni generali già proposte nei capitoli precedenti.

Prima di procedere alla disamina dei singoli contratti, si impongono, tuttavia, una serie di *caveat*.

In primis, è necessario sottolineare la difficoltà di reperimento dei documenti analizzati. Di alcuni di questi è stato possibile reperire solamente qualche frammento, o la dichiarazione d'intenti priva degli allegati e degli accordi seguenti che specificavano ulteriormente gli obblighi contrattuali delle parti.

In secondo luogo, sebbene gli accordi negoziali presentino numerosi elementi comuni, il tipo contrattuale di ciascuna singola transazione differisce pur mantenendo fisso l'oggetto, ossia il trasferimento o l'affitto della terra per lo sfruttamento agricolo volto alla produzione alimentare o energetica. Può osservarsi spesso una commistione di tipi contrattuali in un unico negozio, tramite l'utilizzo di clausole contrattuali proprie di diversi contratti¹. Quello che rileva, tuttavia, è il grado di controllo e discrezionalità che i termini negoziali garantiscono all'investitore.

Infine, preme specificare che solo in alcuni dei casi in analisi è stato possibile reperire ulteriori informazioni in merito all'implementazione dei progetti d'investimento. L'impatto generato dalla piena esecuzione del contratto non è dunque pienamente verificabile, sia per lo stadio ancora preliminare cui si riferisce l'accordo, che per la poca trasparenza in merito alle operazioni di cui si tratta.

L'analisi isolata del singolo negozio di concessione rimane dunque limitata, non consente infatti di avere piena contezza dell'operazione nel suo complesso e di valutare quindi correttamente l'equilibrio economico complessivo. Per alcuni dei contratti in esame, si tratta tuttavia dell'unico strumento reperibile pubblicamente, l'analisi dovrà quindi considerarsi preliminare e in divenire.

¹ BAKWERI, *Natural Resource Investment and Africa's Development*, Londra 2012.

2. Sebbene la Convenzione di Stabilimento stipulata fra il Cameroon e la SCGOC Oil Company appare essere l'accordo più dettagliato fra quelli in disamina, gli obblighi delle parti, seppur ben delineati, risultano estremamente sbilanciati a favore dell'investitore.

L'accordo è stato sottoscritto dallo Stato del Cameroon e da un investitore privato, la SGSOC, incorporata nello Stato ospite, ma interamente posseduta dalla Herakles LTD, una società statunitense, il cui scopo è quello di promuovere l'agroindustria a fini alimentari ed energetici.

Tramite l'accordo in esame, il Cameroun affitta² 73.000 ettari di terra³, destinati alla produzione di olio di palma e prodotti derivati, per una durata di 99 anni rinnovabili.

Vale la pena anticipare sin d'ora che, sebbene tramite la Convenzione ai sensi della clausola 3.1. lo Stato, tramite il Ministero dell'Agricoltura, affitta (*leases*) la terra in oggetto, ai sensi della normativa camerunense, nel caso di concessioni di terreno coperto da demanio statale per oltre 50 ha, è necessaria l'emanazione di un decreto presidenziale, che autorizzi l'operazione; nel caso di specie, finora, non risulta che questo sia intervenuto a perfezionare il trasferimento, pur tuttavia necessario per il legittimo esercizio dei diritti sulla terra riconosciuti dalla convenzione. Quest'aspetto risulta tanto più indicativo rispetto alla clausola 4.5, che obbliga, in effetti, l'investitore ad ottenere tutte le concessioni, le licenze ed i permessi necessari per lo svolgimento dell'attività d'impresa, ed impegna il Ministero a garantirgli il supporto necessario.

Il progetto contemplato dalla Convenzione è stato duramente contrastato negli ultimi due anni, a causa degli impatti sociali ed ambientali negativi che esso ha sinora generato. Allo stato attuale, in seguito ad un'investigazione condotta dal Ministero delle Foreste, l'implementazione dell'investimento è stata sospesa per le violazioni ambientali riscontrate⁴.

² Sebbene la convenzione si riferisca ad un contratto di affitto, il *nomen iuris* non pare corrispondere alla natura del contratto, che presenta piuttosto gli elementi della concessione, vincolando il trasferimento dei diritti sulla terra alla produzione di un prodotto specifico, la cui coltivazione nel preambolo dell'accordo viene persino considerata a rilevanza pubblica in termini di sviluppo economico che è in grado di generare per il Paese ospite.

³ Come si vedrà meglio infra, il contratto non specifica l'ampiezza né lo *status* della terra data in concessione. Essa è rimandata ad un Annesso non allegato al contratto ed allo Studio di impatto sociale ed ambientale (di seguito ESIA) condotto su incarico dell'investitore.

⁴ Sul punto vedi *infra*.

3. Il contratto è regolato dalla legge applicabile scelta dalle parti, nel caso di specie, il diritto camerunense; la clausola specifica, inoltre, che l'investitore ha l'obbligo di agire conformemente alle regole di diritto internazionale generale e pattizio vigente, cui il Cameroon è obbligato, nella misura in cui essi abbiano effetto di legge; è necessario, in altri termini, che l'ordinamento dello Stato ospite sia stato modificato in seguito al processo di adattamento agli obblighi internazionali consuetudinari e pattizi perché le norme da essi previsti siano vincolanti per l'investitore.

Al secondo comma, l'art. 22 precisa che la convenzione, sia relativamente al contenuto contrattuale sostanziale che a questioni di forma e validità, deve essere interpretata conformemente alla legge ed ai «*principles of international law as may be applicable, particularly with regard to an investment by nationals of one country in another country*»⁵.

Al di là di quanto già specificato in merito ai principi generali, è interessante notare che tale riferimento non è effettuato nell'ambito della clausola relativa alla *professio iuris*. I principi, in altri termini, non sono applicabili al contratto in quanto legge scelta dalle parti; la sezione introduce, piuttosto, un obbligo di conformità, che si traduce in una sorta di interpretazione conforme delle clausole contrattuali ai principi generali specifici del settore degli investimenti. La disposizione contrattuale risulta, quindi, compatibile con la ricostruzione già *supra*⁶ effettuata, che vede il richiamo al diritto internazionale quale clausola generale di compatibilità del contenuto negoziale rispetto alle norme internazionali che informano l'ambiente giuridico del contratto, in virtù della funzione correttiva di quest'ultimo⁷.

Tuttavia, il comma II dell'articolo in esame introduce contemporaneamente una clausola di prevalenza del negozio rispetto ad “*any Law*” che dovesse risultare essere in conflitto con le disposizioni contrattuali, con la sola esclusione della Costituzione del Cameroon.

⁵ Si accoglie nella presente analisi l'interpretazione proposta da un chiaro autore che distingue fra la categoria normativa (o metanormativa) dei principi generali contemplati dall'art. 38 dello Statuto della CIG e i principi generali di diritto internazionale, ritenuti questi ultimi l'ossatura del *corpus* giuridico che governa le relazioni internazionali e raccoglie gli ingranaggi dell'assetto normativo dell'ordinamento giuridico internazionale. Si tratta di parametri normativi ai quali si ispira il sistema, distinguibili peraltro in principi generali del diritto internazionale e principi generali specifici di un singolo settore. Sul punto, vedi CASSESE, *Diritto Internazionale*, (a cura di GAETA), Bologna, 2013. Su tali questioni vedi anche cap. III paragrafo 9 del presente lavoro.

⁶ Vedi cap. III paragrafo 10 del presente lavoro.

⁷ La ricostruzione qui proposta risulta peraltro conforme a quanto previsto in materia di risoluzione delle controversie che dovessero sorgere fra investitore e Stato ospite. Come si vedrà *infra* le parti hanno scelto di sottomettere qualsiasi controversia che dovesse sorgere intorno al contratto alla procedura di arbitrato ICSID.

La clausola ha un effetto interessante, che sembrerebbe alterare la gerarchia delle fonti dell'ordinamento interno. Il contratto parrebbe porsi, infatti, quale fonte di diritti ed obblighi interposta fra la Costituzione e le leggi ordinarie.

Rispetto agli obblighi internazionali cui il Cameroon è legato⁸, in particolare, l'art. 45 della Costituzione del paese, prevede che gli accordi internazionali regolarmente ratificati abbiano efficacia gerarchicamente superiore alle leggi ordinarie, senza attribuirgli, tuttavia, valore costituzionale. Ne consegue che nel caso in cui il contenuto una qualsivoglia clausola contrattuale si trovi in conflitto con trattati ratificati dal Cameroon, questi dovranno soggiacere alle previsioni negoziali.

L'articolo 22 blindava, in altri termini, il contratto con una sorta di "immunità" gerarchica. La clausola, che esclude solo la Costituzione dal novero delle fonti sotto ordinate al contratto, parrebbe volere travolgere anche quelle norme imperative semplici e le norme di applicazione necessaria, non per forza riprodotte nella carta costituzionale camerunense, ma delle cui valutazioni giuridiche, come si è già visto, deve invece tenersi conto⁹.

L'art. 23.9 effettua, infine, un rinvio alle norme previste dal BIT vigente fra Cameroun e Stati Uniti d'America, se compatibili con gli obblighi contrattuali¹⁰, specificando che la convenzione accoglie una definizione d'investimento conforme a quanto previsto nell'accordo bilaterale.

Va aggiunto che il BIT fra Cameroun e Stati Uniti del 1986 all'art. 2 c. IV prevede una clausola ad ombrello: «*Each Party shall observe any obligation it may have entered*

⁸ Il Cameroon, peraltro, ha ratificato un ampio numero di trattati internazionali in materia di diritti umani, le cui previsioni potrebbero ben ritenersi incompatibili con quanto previsto dal contratto. Vedi *e.g.*, infra, la sezione 9 del contratto, che consente all'investitore di arrestare e detenere chiunque attraversi la zona oggetto di trasferimento, che non sembra ragionevolmente coerente con quanto previsto dall'art. 9 del Patto di New York del 1966 sui Diritti Civili e Politici, ai sensi del quale «*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.*» E' interessante notare che il Cameroun ha ratificato il Protocollo Opzionale al Patto in parola, che consente agli individui di presentare comunicazioni relative a potenziali violazioni dei diritti contenuti in tale strumento e su cui vedi infra.

⁹ Vedi cap. III, paragrafo 9 del presente lavoro.

¹⁰ *BIT between the Republic of Cameroun and the United States of America*, firmato a Washington il 26 Febbraio 1986. Gli accordi internazionali d'investimento multilaterali, regionali o bilaterali non prevedono *tout-court* l'estensione della protezione garantita agli investimenti agli *State contracts*. Una simile possibilità è condizionata all'ampiezza della nozione d'investimento sposata dall'accordo di riferimento o da un'esplicita estensione in esso contenuto. Il contratto può inoltre godere di tale protezione se ad esso rinvia una clausola contrattuale, come nel caso di specie. Sul punto, vedi estensivamente, SORNARAJAH, *State Contracts in International Investment Agreements*, UNCTAD Paper Series 2005 p. 13 ss; sul punto vedi anche SCHREUER, *Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2004, p. 233 ss, cfr. ampiamente capitolo III del presente lavoro.

into with regard to investment of nationals or companies of the other Party » che sembrerebbe imporre un'obbligazione specifica in capo allo Stato ospite e da cui discendono effetti ben precisi. Assecondando l'approccio estensivo di cui si è trattato¹¹, qualsiasi illecito contrattuale commesso dallo Stato ospite assurgerà a violazione del trattato bilaterale d'investimento, producendo un illecito internazionale.

4. La convenzione riconosce all'investitore il diritto di operare e sviluppare attività agricola volta alla produzione di olio di palma ed altri prodotti nell'ambito dell'Area di Produzione¹², ed eventualmente al di fuori di essa, secondo quanto previsto dalla sez. 3.2 del contratto. L'espansione dell'area di produzione è soggetta alla sola discrezione dell'investitore, che mantiene il diritto di esercitare sulla terra acquistata o affittata in via addizionale le stesse prerogative riconosciute dalla Convenzione sull'Area di Produzione originariamente individuata.

La produzione di olio di palma e prodotti derivati è destinata sia al mercato camerunense che all'esportazione; tuttavia l'ESIA specifica che la distribuzione dei prodotti sul mercato locale rimane soggetta alle condizioni che esso presenta, consentendo in tal modo all'investitore di esportare la produzione quasi interamente all'estero, sulla base di valutazioni assolutamente discrezionali, non riscontrandosi nel contratto alcun obbligo in capo alla SCSOG di riservare una quota dei prodotti generati dalla coltivazione al commercio interno.

La terra affittata all'investitore è, inoltre, destinata al suo uso esclusivo: qualsiasi attività governativa che impedisca o ostacoli l'attività produttiva, generando un danno in termini economici all'investitore, dovrà essere adeguatamente risarcita dallo Stato.

La convenzione non si limita, tuttavia, a riconoscere in capo alla società l'accesso alla terra di riferimento, concedendogli una serie di diritti esclusivi e non esclusivi, estremamente vantaggiosi. *In primis*, l'investitore ha il diritto esclusivo di piantare, tagliare ed utilizzare legno boschivo per la costruzione ed il mantenimento di infrastrutture necessarie alla produzione agricola, senza la necessità di ottenere da parte

¹¹ Sul punto vedi estensivamente Cap. III paragrafo 10 del presente lavoro.

¹² Come accennato, l'esatta specificazione dell' Area di produzione è assente nella convenzione; essa è tuttavia reperibile nell'ESIA redatto su incarico dell'investitore, reperibile online su <http://cameroonveritas.wordpress.com/>.

dello Stato alcuna autorizzazione, né essere obbligata a corrispondere alcun pagamento¹³.

In merito all'utilizzo delle risorse acquifere presenti nell'area di produzione, la convenzione ne riconosce l'uso in capo all'investitore, in assenza di qualsivoglia corrispettivo. Quest'aspetto risulta estremamente rilevante per una serie di ragioni: l'utilizzo delle risorse idriche è condizionato alla necessità o alla utilità della produzione agricola, lo Stato consente quindi alla SCSOG di utilizzare tali risorse in maniera assolutamente discrezionale, che, non essendo legato ad alcun esborso economico a carico della società, promuove un utilizzo inefficiente delle risorse e priva lo Stato di un'importante entrata pubblica. L'unico limite nell'attività di sfruttamento idrico pare riscontrarsi nell'obbligo di conformarsi agli standard ambientali imposti dagli *Equator Principles* e dal Codice Ambientale Camerunense, che si riferiscono però ai rischi di inquinamento. Manca quindi un meccanismo di monitoraggio o una pianificazione idrica legata all'Area di Produzione¹⁴. Considerata la scarsità delle risorse acquifere, un utilizzo irrazionale di esse potrebbe generare una seria competizione, nel caso in cui il loro sfruttamento incontrollato dovesse determinare un'alterazione nella naturale distribuzione dell'acqua nella zona interessata.

Altrettanto interessante nell'ottica delle considerazioni già effettuate nel presente lavoro, è la concessione da parte dello Stato dell'esclusivo diritto di beneficiare (e monetizzare) i crediti di carbonio generati dalla coltivazione, con il supporto amministrativo incondizionato dello Stato (art. 4.14). Una simile previsione appare assolutamente svantaggiosa e ai danni di quest'ultimo.

Il Camerun potrebbe infatti trasformare l'area di riferimento in una superficie REDD¹⁵ ed ottenere in tal modo un guadagno in termini reali di gran lunga maggiore rispetto al corrispettivo accordato per l'affitto tramite la presente convenzione. Si aggiunga, inoltre, che la sostituzione delle foreste interessate dal progetto di investimento con piantagioni estensive da palme da olio riduce sostanzialmente il valore dell'area rispetto al sequestro di carbonio che essa è in grado di generare, con conseguente perdita di crediti ad esso correlati.

¹³ Questa clausola risulta particolarmente delicata perché la commercializzazione del legno boschivo è legata a previsioni normative stringenti, cui l'investitore non pare conformarsi. Vedi Oakland Institute, *Herkles Exposed*, 2012, su oaklandinstitut.org, p. 5 ss.

¹⁴ Nel caso in cui altri agricoltori locali paghino le imposte sull'utilizzo delle risorse idriche d'acqua, la concessione di simili diritti potrebbe costituire una forma di sussidio per la società beneficiaria. Sul punto, COTULA, cit. , p. 21 ss.

¹⁵ Vedi estensivamente Capitolo II del presente lavoro.

La SGSOC gode inoltre di un prezzo agevolato per l'erogazione di elettricità, di gran lunga inferiore a quello generalmente applicato, ed in particolare, non soggetto ad un calcolo effettuato sulle unità di consumo. Un simile trattamento dovrà essere esteso anche ad altri investitori, secondo quanto previsto dalla clausola della nazione più favorita, inserita nel BIT quadro.

Come nel caso delle risorse idriche, anche nel caso dell'energia elettrica, l'investitore è autorizzato a produrla autonomamente e – a discrezione della società – a distribuirla in caso di eccesso, senza però essere sottoposto ad alcun obbligo in tal senso.

Il corrispettivo pattuito ai sensi dell'art. 13. 5 della convenzione è di 0.50 \$ l'anno per ettaro per il terreno non sviluppato e 1 dollaro l'anno per ettaro per terreno già sviluppato. Ai sensi della convenzione l'affitto della terra subirà un incremento annuale del 2 %. Il canone d'affitto risulta tuttavia estremamente inferiore rispetto alla media riscontrata all'interno dello stesso Stato¹⁶ per transazioni dello stesso tipo; effettuando, inoltre, un calcolo di media risulta che le entrate generate dal canone sarebbero al di sotto della media annuale dei profitti di un coltivatore medio.

5. Come specificato in precedenza nel presente lavoro, una delle esternalità positive generalmente associate agli investimenti in larga scala sulla terra è la creazione di posti di lavoro a vantaggio dei membri delle comunità locali. Obblighi contrattuali stringenti risultano quindi fondamentali nell'ottica dei benefici che l'accordo può apportare allo Stato ospite.

La convenzione in questione disciplina in maniera piuttosto dettagliata la materia, dedicandovi un'intera sezione. In particolare, l'investitore s'impegna ad assumere lavoratori di nazionalità camerunense per l'80 % dell'intero organico della forza lavoro professionale e non. L'obbligo tuttavia è condizionato in entrambi i casi alla disponibilità di personale camerunense qualificato. Nel caso di posizioni dirigenziali, in particolare, le condizioni si fanno più stringenti: l'assunzione di personale camerunense è condizionata al pieno soddisfacimento della garanzia degli interessi legittimi dell'investitore ed al mantenimento dei livelli di produzione richiesti dalla società.

¹⁶ Il riferimento è il contratto d'affitto stipulato fra Camerun e SOSUCAM, una compagnia privata che coltiva canna da zucchero. Il canone per l'affitto della terra è quasi triplo a quello corrisposto dalla SGSOC.

Sono presenti, inoltre, due clausole di salvaguardia che consentono alla SGSOC di venire meno ai suoi obblighi: nel caso di posizioni di particolare rilievo che richiedono personale che abbia acquisito almeno 5 anni di esperienza, il legittimo interesse dell'investitore deve prevalere sull'obbligo imposto all'investitore; in ogni caso, se la società non è in grado di soddisfare la percentuale minima dell'80 %, essa dovrà solo dimostrare di avere usato ogni ragionevole sforzo per il corretto adempimento dell'obbligo.

La convenzione non indica un numero specifico di posti di lavoro che saranno generati dall'attività dell'investitore. L'esame di impatto sociale e ambientale¹⁷ appronta una previsione di ca. 7500 posti al massimo del livello di produzione, non saranno dunque garantiti per tutta la durata temporale della convenzione, né sufficienti per assorbire i piccoli coltivatori privati delle loro terre in seguito alle concessioni effettuate dalle comunità.

La convenzione specifica inoltre che i lavoratori impiegati godranno del trattamento di salario minimo previsto dalle norme camerunensi, quest'ultimo sarà tuttavia condizionato a dei criteri di produttività ed efficienza stabiliti discrezionalmente dalla società¹⁸.

L'investitore si riserva, fralaltro, il diritto di negoziare liberamente i termini e le condizioni di licenziamento, riducendo quindi la protezione normativa generalmente riconosciuta ai lavoratori ai sensi della legge camerunense. A tal proposito, vale la pena richiamare la già osservata clausola di prevalenza prevista all'art. 22.2 della Convenzione ai cui sensi la convenzione prevale su qualsiasi norma camerunense diversa dalla Costituzione dello Stato.¹⁹

All'art. 10 della Convenzione, l'investitore si impegna a rispettare tutti gli standard ambientali, imposti dalla legge applicabile, compreso il Codice Ambientale camerunense e gli Equator Principles²⁰. La società si è inoltre impegnata ad incaricare una serie di esperti indipendente per la redazione di un ESIA. Tuttavia, una serie di

¹⁷ Sul punto sorgono serie perplessità in merito al *leaking* di una doppia versione dell'ESIA redatto su incarico della SGSOC; le due versioni presentano significative differenze. In particolare la versione ufficiale fornita al governo prenta ca. 30 pagg in meno rispetto alla precedente, per un'analisi comparativa <http://camerounveritasherakles-ESIA.it>.

¹⁸ La previsione contrattuale annulla, evidentemente, il senso del rinvio alle norme sul salario minimo. Ci pare tuttavia che esse potranno comunque trovare applicazione nel caso in cui facciano parte del *corpus* di norme di applicazione necessaria dell'ordinamento camerunense.

¹⁹ Si fa rilevare che la convenzione, pur conferendo al contratto una forza gerarchica superiore a quella di legge, non è stata sottoposta all'approvazione parlamentare. Tale clausola di prevalenza potrebbe dunque ben essere illegittima ai sensi del diritto camerunense.

²⁰ Vedi Capitolo II del presente lavoro.

perplexità permangono in capo all'impatto ambientale dell'investimento su flora e fauna presenti sull'Area di Produzione²¹. La pericolosità ambientale risiede, in particolare, nel tipo di piantagione prevista dal progetto, che prevede la produzione estensiva in monocoltura, determinando un'enorme perdita in termini di biodiversità.

Nel caso di specie, la zona destinata all'implementazione del progetto d'investimento si trova incastrata fra quattro diverse aree protette²² sulle quali sono presenti numerose specie in via di estinzione, e per le quali la zona di concessione rappresenta un corridoio di migrazione.

L'ESIA individua, poi, una serie di aree forestali definite ad Alto Valore di Conservazione (di qui in poi HCVF), che ai sensi degli *Equator Principles* e degli standard previsti dalla *Round Table on Sustainable Palm Oil* sono esclusi dall'abbattimento a fini agricoli²³, per via dell'impatto estremamente nocivo attribuito alle coltivazioni di palme da olio. Ciononostante, lo studio d'impatto ambientale redatto su incarico della SOGCG rilevi una serie di “*major risks*” per le zone di alto valore di conservazione legati all'effetto dell'implementazione del progetto nelle sue diverse fasi evolutive²⁴. La società afferma tuttavia che «*HCVF including primary forests, vegetation on steep slopes (greater than about 30°), and sacred sites, as well as agricultural land used by the villages within the Concession, will remain.*»²⁵. L'impegno risulta però vago, limitandosi ad una dichiarazione di intenti. Non è dato infatti riscontrare alcun piano di protezione per le zone in questione, né una mappa che delimiti precisamente le terre escluse dalla produzione agricola.

6. La convenzione riconosce il diritto in capo all'investitore di istituire, possedere o acquisire il controllo di un'altra società definita “Operatore” ai fini della convenzione,

²¹ L'appello è stato pubblicato dall'Oakland Institute in *Understanding Land Investment Deals in Africa*, Settembre 2012. Il comunicato stampa *Scientists urge halt of massive oil palm project in Cameroon*, LINDER ET AL., è reperibile su <http://www.scribd.com/doc/85383092>.

²² Autorizzato dal Ministero delle Foreste del Camerun, l'Observateur Indépendent – copartenariato dalla Commissione Europea e da AGRECO, nell'ambito del Contract Aid /128055/D/SER/CM – ha rilevato nella *Mission relative au controle forestier et au suivi des infractions forestières au Cameroun* condotta con la *Brigade National de Control* camerunense che la SCSOG ha effettuato il disboscamento illegittimo di aree forestali permanenti escluse dall'area di produzione contemplata dal contratto (sono escluse tutte le foreste del Korup National Park, Rumpi Hills, Mount Bakossi, and the Bayang-Mbo Wildlife Sanctuary), condannando la società ad un'ammenda di diversi milioni di franchi camerunensi.

²³ La Herakles ha sottoscritto una serie di *International Best Practice* in materia di standard ambientali e sociali fra i quali gli *Equator Principles* e la *Round Table on Sustainable Palm Oil* (RSPO). Sulla bontà di questi strumenti vedi capitolo II.

²⁴ Vedi ESIA pag. 56 in merito alle sovrapposizioni dell'attività di investimento con le aree di HCVF.

²⁵ ESIA, cit. pag. 78 ss.

seppur incorporata al di fuori del territorio camerunense, che eserciti in rappresentanza dell'investitore i diritti riconosciuti ad esso riconosciuti dalla Convenzione e dai successivi accordi, inclusa la capacità di agire in giudizio per la risoluzione di controversie che dovessero sorgere in merito al mancato adempimento da parte dello Stato.

All'investitore sarà, inoltre, consentito di subaffittare la terra o appaltare l'esecuzione di alcune attività legate all'investimento senza la previa approvazione del governo. Ai sensi dell'art. 16 del contratto, la SGSOC ha il diritto di trasferire o “*assign*” ciascuno dei diritti e degli obblighi da essa contratti a favore di qualsiasi altro soggetto da essa designato; il trasferimento si perfeziona con la semplice notifica allo Stato. L'investitore può, ancora, in assenza di qualsivoglia preventiva autorizzazione governativa, ipotecare o utilizzare in garanzia la terra ricevuta in concessione e i diritti su di essa vantati per ottenere credito da un suo affiliato o da un finanziatore; in caso di fallimento, l'attività potrà quindi essere condotta dal soggetto che subentrerà alla posizione giuridica della società. D'altra parte, invece, il governo non ha il diritto di trasferire gli obblighi che esso ha assunto tramite la convenzione, senza aver prima ottenuto approvazione scritta da parte della società. La previsione in oggetto rappresenta evidentemente una gravissima lesione dell'equilibrio contrattuale fra le due parti, chiaramente sbilanciato a favore dell'investitore.

Il contratto disciplina inoltre le questioni relative all'assistenza finanziaria all'investitore, imponendo allo Stato di cooperare con la società per consentirle di ottenere i prestiti necessari all'attività d'investimento. La convenzione si spinge oltre, obbligando lo Stato a subentrare nella posizione giuridica dell'investitore di fronte alle legittime pretese del finanziatore e ad accettare la novazione del contratto ad un terzo, nominato dall'istituzione finanziaria di riferimento²⁶. Sebbene l'accordo di finanziamento non risulti sottoscritto alla data di conclusione della convenzione, numerose clausole contrattuali lasciano intendere che la negoziazione di alcune previsioni sia stata dettata da tale intento. In particolare, le clausole di stabilizzazione²⁷, la possibilità in capo al finanziatore di subentrare nei diritti dell'investitore in caso di inadempimento e l'esclusione per la società dall'applicabilità di qualsiasi politica

²⁶ Il contratto sarà inoltre coperto da un futuro (potenziale) accordo di *political risk insurance* stipulato con il MIGA.

²⁷ Vedi *infra*.

commerciale dello Stato che imponga un certo prezzo o restringa ad una certa quota i prodotti generati dall'investimento rappresentano un chiaro sintomo in tal senso.

7. Sin dai primi articoli sorge qualche perplessità in merito alla legittimità della transazione.

Tramite la Convenzione all'art. 3.2, lo Stato si impegna ad affittare (*lease*) alla società l'Area di Produzione a suo esclusivo uso. Quest'ultimo è condizionato, però, ad esercitare le attività previste dall'art. 3.1, che riconosce all'investitore ogni licenza, *franchise* e diritto *non* esclusivo per la produzione di olio di palma e derivati *all'interno dell'area di produzione*; per lo sviluppo, la gestione, il mantenimento e la riabilitazione della zona di riferimento; per l'utilizzo e il commercio di prodotti di olio di palma per il mercato domestico e l'esportazione; per la produzioni di prodotti agricoli diversi dall'olio di palma, previa notifica al governo.

Sul punto vale la pena effettuare alcune considerazioni: il riconoscimento di un uso esclusivo dell'Area di Produzione a favore dell'investitore contrasta con la previsione di cui all' art. 3.1 che gli concede, invece, un diritto *non* esclusivo di coltivazione e produzione agricola *all'interno dell'area designata*; la non esclusività pare invece coerente rispetto alle previsioni relative all'utilizzo ed al commercio dei prodotti agricoli finiti sul mercato locale ed internazionale.

L'esclusività o meno dei diritti sulla terra riconosciuti in capo all'investitore assume, poi, estrema rilevanza in merito alla vigenza di preesistenti diritti sulla terra nell'Area di Produzione data in concessione. Va aggiunto che la disciplina camerunense che regola i diritti sulla terra è estremamente farraginos²⁸ e composta da una sovrapposizione, spesso incoerente, di interventi legislativi. In via preliminare va precisato che il Camerun classifica la terra in *National Land*, *Private Land* e *Public Property*²⁹. La prima corrisponde ad una categoria che potrebbe essere definita come demanio pubblico disponibile; la seconda si riferisce ai titoli formali che gli individui possono vantare sulla terra; la terza infine corrisponde al demanio pubblico indisponibile, sul quale però possono essere riconosciuti dei diritti d'uso. I diritti consuetudinari sulla terra, infine,

²⁸ Per una ricostruzione delle norme camerunensi in materia vedi LILY, *Whose Land Is It?*, CED 2009.

²⁹ Le definizioni non corrispondono a quelle approntate nella Convenzione. Per *Private Land*, infatti, si intende ai fini del contratto la terra oggetto di un qualsiasi diritto che un terzo può vantare ai sensi di legge. La definizione, molto ampia, dovrebbe quindi comprendere anche i diritti consuetudinari non registrati, ma che godono di tutela nei limiti del loro *effective use*.

possono insistere su ciascuna delle categorie di cui sopra ed essere soggetti ad una procedura di registrazione.

La questione non è di poco conto: la convenzione non effettua, infatti, una qualificazione della zona beneficiaria ai sensi del diritto camerunense³⁰, limitandosi a fornire una classificazione, la cui valenza è evidentemente limitata ai fini dell'accordo. E' possibile, tuttavia, trarre alcune considerazioni in merito ad alcune clausole presenti nell'accordo.

L'Area di Produzione viene definita dalla convenzione come l'insieme della terra privata e pubblica concessa all'investitore tramite il presente accordo o transazioni che interverranno successivamente.

Si pone quindi una prima questione: ai sensi del contratto, infatti, lo Stato affitta l'intera Area di Produzione, senza effettuare un distinguo fra la terra "statale" o terra "privata". *Prima facie* sembrerebbe, quindi, che lo Stato abbia il potere di dare in concessione l'intera area di produzione e che gli obblighi imposti al governo nei confronti dell'investitore riguardino l'intera zona così individuata nel suo insieme.

Eppure, la clausola relativa alle garanzie che lo Stato deve fornire alla società che la terra sia concessa libera da qualsiasi vincolo e priva di pericoli ambientali contempla solo la terra "statale".

Quid iuris per la terra privata facente parte della *Production Area*? Se alcune clausole fanno ritenere che lo Stato abbia concesso la terra nel suo insieme, altre lasciano credere che per la *private land* siano invece necessarie ulteriori transazioni. In assenza dell'Annesso relativo alla qualificazione della terra in affitto – e con i limiti che ne derivano –, potrebbe essere tentata una simile ricostruzione: la terra privata presente all'interno dell'area di produzione non è oggetto di alcun titolo formale³¹, che vincoli la terra al pari di un diritto di proprietà. Essa, tuttavia, potrebbe essere oggetto di diritti d'uso riconosciuti alle comunità o di *National Land Certificates* rilasciati alle *chiefdoms* dei villaggi³² o ancora di diritti consuetudinari non registrati, che presentano però un indice di *effective use* della terra. Negli ultimi tre casi, il governo, sebbene abbia il potere di concedere la terra in riferimento, mantiene tuttavia l'obbligo di compensare gli aventi diritto. E' possibile, quindi, che nel *legal assessment* mancante fosse presente una

³⁰ Esso è contenuto in un annesso che non risulta però reperibile.

³¹ Come in effetti attestato dall'ESIA.

³² Si tratta di un'autorità locale tipica dei sistemi rurali consuetudinari dell'Africa subsahariana. Le competenze delle *chiefdoms* non sono tuttavia chiare rispetto alla sovrapposizione dei poteri delle autorità locali regionali di origine governativa

simile classificazione e che l'Investitore abbia assunto l'obbligo di transigere personalmente la concessione delle terre in riferimento così tutelate, com'è in effetti dimostrato dai *Memorandum of Understanding* sottoscritti dall'investitore e dalle comunità o dagli *chiefdoms* dei villaggi presenti nell'ambito dell'Area di Produzione. Nei casi in cui alcuni villaggi hanno rifiutato di concedere alla SGSOC la terra di loro utilizzo e la compagnia abbia comunque deciso di procedere alle operazioni di *clearance* in tali aree, le corti locali si sono espresse nel senso dell'illegittimità di tali attività, perché in assenza di un accordo con le comunità locali di riferimento³³. Rimane, quindi, qualche perplessità in merito alla liceità della concessione dell'intera area di produzione in assenza di previa espropriazione o, in alternativa, di previa concessione da parte di tutti i villaggi coinvolti.

8. La risoluzione delle controversie che dovessero sorgere in merito alla validità, esecuzione o all'interpretazione del trattato è affidata all'arbitrato ai sensi delle norme previste dall'International Center for Settlement of Disputes .

Interessante a tal proposito è la sezione 19.3 rubricata nell'articolo dedicato all'arbitrato: «*Notwithstanding the incorporation in Cameroun of Investor, Investor shall be treated as a Person that is a National of the United States of America for purposes of the ICSID Convention and this Convention*».

Sebbene, quindi, la società sia incorporata in Cameroun ai sensi delle sue leggi interne – soddisfacendo quindi la regola generale di nazionalità così come interpretata dalla giurisprudenza³⁴ –, la previsione in questione pone un'eccezione ai fini della convenzione ICSID³⁵ e del contratto di affitto, consentendo che la società venga considerata avente nazionalità statunitense.

Ed in effetti, una simile eccezione risulta conforme al BIT concluso fra le due parti³⁶, che prevede che la nazionalità di una persona fisica o giuridica operante in uno dei due Paesi sia determinata dalle norme vigenti in ciascuno Stato³⁷.

³³ Sul punto vedi *infra*

³⁴ Sul punto si è più volte espressa la Corte Internazionale di Giustizia, vedi in *Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited. (Belgium v. Spain)*. I.C.J., Judgement 5 Febbraio 1970 e *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, ICJ, Judgement 24 Maggio 2007.

³⁵ La previsione risulta fondamentale ai fini della procedura di arbitrato. Requisito fondamentale per accedervi è, infatti, che la controversia sorga fra uno Stato ed un "National" di un altro Stato contraente .

³⁶ . Ai sensi dell'art. 19.5, la natura del lodo è vincolante e pienamente esecutiva.

La convenzione contiene, poi, un espresso riconoscimento da parte dello Stato della natura privatistica dell'accordo in oggetto, accompagnato da un'esplicita ed ampia rinuncia all'immunità statale sia dalla giurisdizione, che dall'esecuzione, dismettendo il proprio privilegio immunitario su qualsiasi bene di sua proprietà (presente e futura) che venga aggredito in seguito all'esecuzione di qualsivoglia giudizio emesso nei suoi confronti.

9. Come già accennato, ricorrono frequentemente nei contratti d'investimento una serie di clausole³⁸ volte a limitare l'attività statale rispetto al pieno esplicarsi delle operazioni d'investimento. Simili previsioni incidono in maniera piuttosto pervasiva sull'esercizio della *jurisdiction* dello Stato, che subisce una *deminutio* rispetto al proprio potere sovrano negli aspetti contemplati da questo tipo di clausole. Nel caso di specie, il contratto presenta un cospicuo numero di simili previsioni³⁹.

In primis, nel caso in cui esso voglia sviluppare infrastrutture di qualsiasi tipo sia all'interno che al di fuori dell'area di produzione concessa, queste non devono interferire con le attività della società. Medesima previsione vale in merito alle attività di sfruttamento delle risorse naturali diverse dall'attività agricola. La società rimane inoltre esente da qualsiasi controllo sui prezzi condotto dallo Stato rispetto alle vendite effettuate dalla compagnia.

Ad esse si accompagnano una serie di clausole di stabilizzazione, inquadrabili nella categoria delle *hybrid clauses*, che prevedono sia l'obbligo in capo allo Stato di introdurre dei meccanismi di protezione in capo all'investitore – sollevandolo dall'obbligo di conformarsi alle nuove norme introdotte – che un obbligo di compensazione nel caso in cui la legislazione introdotta interferisca, ostacoli o limiti l'attività della società.

Specificamente, lo Stato ha l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per invertire gli effetti negativi prodotti da un eventuale mutamento della legge applicabile, compresa l'adozione di qualsiasi misura legislativa o amministrativa che risolva qualsiasi conflitto giuridico generato dall'introduzione di una nuova normativa e la

³⁷ La SGSOC, come detto, è controllata interamente dalla Herakles LTD, società americana. Ai sensi del diritto USA, il requisito della proprietà o del controllo azionario sono sufficienti a conferire la nazionalità statunitense.

³⁸ Sull'analisi delle clausole di stabilimento in generale, vedi Capitolo III presente lavoro.

³⁹ Tutte le previsioni di *non compliance* prevedono il risarcimento sulla base del danno emergente e del lucro cessante.

convenzione. Il contratto mantiene una clausola di salvaguardia per nuove norme che intervengano a tutela di modifiche sostanziali di standard sociali ed ambientali, circoscritti, tuttavia, al solo ambito della piantagione di palme da olio.

Ancora più grave, risulta all'art. 9.3 il conferimento all'investitore da parte dello Stato del diritto di assumere direttamente o appaltare ad un terzo un servizio di sicurezza privata, per il mantenimento dell'ordine nell'area di produzione ed in aree dove sono presenti immobili della società. In particolare, al personale di sicurezza è riconosciuto il potere di arrestare, detenere (*sic!*) ed escludere persone non autorizzate dall'area di produzione. Simili previsioni destano serie perplessità in merito alla conformità di tale clausola con il codice penale camerunense e gli standard internazionali in materia di diritti umani. Sebbene l'investitore abbia l'obbligo di coordinare le attività di sicurezza con le forze di polizia domestiche, una simile rinuncia al potere dell'uso di forza pubblica rappresenta una gravissima lesione della sovranità dello Stato e del suo potere di controllo sul territorio.

10. Lo Stato gode di un regime fiscale estremamente conveniente rispetto a simili concessioni sulla terra già operanti sul territorio statale. Il contratto prevede, infatti, un esonero totale dalle imposte presenti e future per un periodo di dieci anni a partire dal primo anno di produzione. In seguito, l'investitore continuerà a godere di un trattamento favorito: l'esonero sarà quasi totale tranne che per le tasse sui profitti, le quali non eccederanno comunque la percentuale fissa del 15 %. Inoltre, la data iniziale di produzione è intesa a partire dal momento in cui la SGSOC riesce a produrre più di 10 tonnellate di *palm bunches* per ettaro, su un'area di 3000 he. E' sufficiente, quindi, che la produzione si assesti immediatamente al di sotto di tale cifra per consentire alla compagnia di continuare a beneficiare dell'esenzione fiscale. La società ha, poi, il diritto di stornare ad altri anni fiscali, e per tutta la durata del contratto, perdite incorse durante anni di bilancio precedenti, risultando di fatto in un tacito esonero fiscale.

Altrettanto vantaggioso risulta l'esenzione dalle *trade taxes*. La compagnia è infatti esonerata da tutte le tariffe e le imposte previste a carico di importazioni ed esportazioni di prodotti collegati con l'attività dell'investitore, compreso il trasporto di macchinari destinati alla produzione. La convenzione prevede inoltre una disparità di trattamento in merito alle vendite fra l'investitore ed un soggetto di nazionalità camerunense: nel caso in cui sia quest'ultimo a trasferire materie prime o prodotti finiti alla società, la società

sarà esentata dalla *turnover tax* e da tutte le altre imposte correlate; viceversa il soggetto che acquisterà dalla SCSOC sarà pienamente soggetto al regime fiscale in vigore⁴⁰.

Inoltre, l'attività dell'investitore risulta esclusa dal *General Trade Scheme*, le cui previsioni in materia di importazioni ed esportazioni non sono applicabili all'attività condotta sull'area di produzione, né quest'ultima è soggetta ad alcuna restrizione in termini di quote.

In base a quanto previsto dall' Accordo sull'Agricoltura (di seguito AoA), sul cui ambito di applicazione si è già discusso, le esenzioni previste dalla Convenzione⁴¹ sembrerebbero potersi qualificare come misure di supporto interno alla produzione, considerati sia l'incorporazione della società nello stato camerunense, che il luogo di produzione. L'art. 10 del contratto potrebbe infatti ben rientrare fra le misure contemplate all'art. 7.1 dell'Accordo sull'agricoltura⁴². Non è possibile tuttavia ricostruire l'esatta portata degli obblighi dello Stato ed accertare se tali misure rientrino ad esempio nella soglia del *de minimis*, o siano sottoposti a misure di riduzione; i documenti relativi alle *Schedule of Commitments* non sono infatti disponibili pubblicamente.

Le esenzioni previste dall'articolo 12 del contratto relativo alle *import and export taxes and duties* parrebbero, allo stesso modo, potersi fare rientrare nell'art. 10 dell'AoA in materia di *export subsidies*. Pare utile, infine, specificare che la *Convention d'établissement* in parola non sembra potersi ragionevolmente qualificare come una misura che contribuisce allo sviluppo rurale e, come tale, non può godere dell'esclusione prevista dalla disciplina generale ai sensi dell'art. 6.2 dell'AoA. La legislazione camerunense prevede, infatti, un regime specifico dedicato a particolari

⁴⁰ Sul punto vedi l'interessante ricostruzione di FERRANDO, *Paper presented at the Law and Development Conference "Legal and Development Implications of International Land Acquisitions"*, Kyoto, Giappone, 30-31 Maggio 2013. Secondo l'autore, tali contratti spesso introducono una tripla esenzione, in particolare dalle *corporate tax*, *trade tax* and *foreign currency exchange*. Il contemporaneo operare delle tre creerebbe una Special Fiscal Zone, traducendosi in un paradiso fiscale.

⁴¹ E' necessario precisare, in via generale, che gli incentivi fiscali sono *per se* ammessi, tranne che non siano condizionati a *performance requirements* di qualsiasi tipo e, di conseguenza, contrari al TRIM. Le valutazioni effettuate rispetto all'AoA ed all'accordo SCM riguardano, quindi, esclusivamente le misure direttamente collegate con la produzione agricola e l'esportazione e importazione di prodotti collegati all'attività d'impresa.

⁴² La norma si riferisce ad «*any domestic support measures in favour of agricultural producers which are not subject to reduction commitments*», sulla qualificazione di tali misure, vedi ampiamente cap. III del presente lavoro.

accordi finalizzati allo sviluppo (*projets structurants*), non esteso alla presente convenzione.⁴³.

11. La valutazione di impatto ambientale e sociale⁴⁴ condotta su incarico della SGSOC indica che l'attività principale svolta dai soggetti che vivono nelle zone comprese nell'area di produzione è l'agricoltura di sussistenza, seguita dalle attività di allevamento e caccia. Dallo studio si rileva, infatti, che la zona sarebbe abitata da oltre 14.000 persone, sebbene GIZ, WILDLIFE e Rural Cameroon⁴⁵ hanno formulato stime di gran lunga superiori: la cifra si aggirerebbe, infatti, intorno alle 45.000 persone coinvolte dal progetto di investimento.

Come già accennato, l'ESIA condotto per conto della società rileva che l'impatto negativo della coltura di palma da olio sui mezzi di sussistenza delle comunità locali sarà "maggiore" e "a lungo termine".

Nello studio si legge, tuttavia, che in seguito alle consultazioni con le comunità locali, le fattorie esistenti, le terre ancestrali ed i villaggi (*relativi a terre non date in concessione dalle comunità evidentemente*) saranno esclusi dalla piantagione, per cui il progetto non soppianderà le comunità locali.

Tuttavia, le terre destinate all'approvvigionamento, che generano *non timber forest products* e quelle destinate alla caccia ed alla pastorizia, che veicolano il sostentamento tradizionale di tali comunità, saranno invece soggette a numerose restrizioni in seguito all'implementazione dell'investimento, determinando in tal modo il trasferimento dei locali verso altre zone non coperte dal progetto.

Sebbene l'ESIA non indichi un *Resettlement Plan*, perché il progetto non implica un *displacement* volontario, l'allontanamento determinato da ragioni economiche – considerato come reinsediamento *involontario* – è in grado anch'esso di generare

⁴³ Va aggiunto sul punto che secondo il *General Tax Code* camerunense le società che investono in Cameroon godono di un trattamento fiscale estremamente vantaggioso. L'art. 6.2 AoA, esclude, in effetti i sussidi agli investimenti dal calcolo previsto per il MAS, nel caso in cui essi siano diretti allo sviluppo agricolo e rurale. Si è già discusso, tuttavia, della difficoltà di qualificare tali progetti in tal senso. Un ulteriore indizio, fralaltro, è fornito dallo strumento giuridico prescelto per la conclusione dell'accordo: la *convention d'établissement*. Esiste, infatti, un regime specifico destinato ai *developmental projects*. Vedi sul punto la classificazione inserita nel TPR redatto sul Cameroun, WT/TPR/S/285, p. 105.

⁴⁴ Le colture più comuni che si trovano nella zona includono miglio, cacao, manioca, olio di palma, fagioli, riso e frutta. La caccia, la pesca e la raccolta di prodotti forestali, tra cui cibi selvatici e piante medicinali, così come legna da ardere sono attività comuni nell'area e destinate al sostentamento delle comunità rurali.

⁴⁵ Oakland Institute, cit., p. 12 ss.

enormi ripercussioni negative sulle possibilità di sviluppo della zona di riferimento e massicci fenomeni di migrazione interna.

Secondo gli standard internazionali utilizzati, compresi gli Equator Principles, simili operazioni richiederebbero dei piani di compensazione e l'ideazione di mezzi di sussistenza alternativi. Se i primi sono totalmente assenti nell'ESIA, i secondi risultano estremamente vaghi. Secondo la società, tuttavia, tali perdite potranno essere compensate da una serie di opportunità di lavoro previste dal progetto, ma anche in questo caso, non è approntato alcun piano di assorbimento lavorativo, l'unico riferimento è ad una stima di posti lavorativi calcolati sulla base di una produzione ottimale costante, e che comunque non sarà in grado di assorbire l'intera forza lavoro.

Sotto il profilo ambientale, lo studio individua una serie di rischi collegati al possibile inquinamento delle falde acquifere e dei bacini idrici superficiali, derivanti dall'utilizzo di pesticidi e fertilizzanti chimici, che potrebbero determinare una seria minaccia alla fauna ittica, nonché alla fornitura di acqua potabile sicura nella regione di riferimento. Per scongiurare una simile ipotesi, la società ha indicato nello studio di fattibilità ambientale che essa farà utilizzo di fertilizzanti organici; l'ESIA non specifica, però, quale sarà la proporzione fra prodotti chimici e organici, né appronta una stima approssimativa dell'utilizzo di questi ultimi.

L'implementazione della coltura di palma da olio sarà in grado di determinare una seria minaccia alla sicurezza alimentare a carico delle popolazioni locali, privandole dell'accesso ai tradizionali prodotti di sostentamento. Tanto più grave risulta la stipula di un simile contratto sotto tale profilo, se si considera che il Cameroun è uno fra i più grandi Paesi importatori netti di prodotti alimentari, peraltro costantemente sussidiati per evitare l'inflazione all'interno del paese.

La spesa pubblica generata dai sussidi potrebbe essere ridotta, se il governo sostenesse la produzione locale per il consumo interno, invece di promuovere piantagioni agro-industriali orientate verso il mercato di esportazione. Uno studio redatto da RELUFA e CED⁴⁶ segnala che se lo Stato dovesse adottare misure che incentivassero, ad esempio, l'utilizzo del 20 % di farina prodotta localmente, questo genererebbe 96.000 posti di lavoro agricoli utilizzando solo 15.000 ettari di terreno, generando un assorbimento lavorativo per tredici volte superiore al progetto d'investimento SGSOC ed entrate del governo significativamente più elevate, lasciando

⁴⁶ Parte dello studio è riportato da Oakland Institute, cit. p. 20 ss.

le terre aggiuntive disponibili per l'agricoltura contadina, la conservazione e l'uso di prodotti forestali non legnosi.

SGSOC ed Heracles hanno dichiarato pubblicamente che il loro progetto gode di un forte sostegno da parte delle comunità locali. Questa affermazione pare tuttavia contraddire i rilievi effettuati dalla *Fact Finding Mission*⁴⁷ in merito alla stipula di *Memorandum of Understanding* con le comunità locali e i villaggi presenti nella area di produzione per la concessione delle terre di loro uso. In proposito, la Missione ha rilevato che la maggior parte dei MOU non sono stati sottoscritti nel rispetto dei criteri del *Free and Prior Consent*; le consultazioni sono state, infatti, tenute in maniera poco informata e non inclusiva, dissimulando gli impatti della coltura sulla prospettive di sussistenza delle comunità.

La SGSOC aveva, inoltre, fatto inizialmente riferimento alla possibilità che la terra concessagli dalle comunità sarebbe stata oggetto di uno schema di produzione *out-grower* per i piccoli agricoltori. Nei MoU non compare tuttavia un impegno serio in questa direzione, né ad oggi risulta che simili schemi siano stati implementati. La missione ha, infine, constatato che numerose concessioni da parte delle comunità locali erano state frutto di corruzione o minaccia.

Secondo l'ONG Pro Wildlife, le comunità di Fabe, Massaka Bima, Mbile e Mundemba, hanno tutti inviato lettere di reclamo al governo opponendosi al progetto⁴⁸; sono già presenti numerose restrizioni a carico delle comunità relativamente all'uso del territorio, dovuto all'esistenza di zone di conservazione già esistenti, una piantagione di Olio da Palma di 70.000 ha. limiterà ulteriormente l'accesso alle terre da loro tradizionalmente utilizzate.

In ultima istanza si fa rilevare, che la Herakles ha recentemente scelto di ignorare le decisioni di due tribunali locali che ordinavano all'investitore di sospendere l'attività⁴⁹. L'ultima decisione, adottata il 27 febbraio 2012 dal Tribunale della *Ndian Judicial Division*, proibiva alla SGSOC di svolgere la propria attività fino a quando non fosse intervenuta una corretta valutazione di impatto ambientale, la giusta compensazione per i diritti dei diretti interessati lesi dall'operato della società e la conclusione di un accordo con le popolazioni indigene presenti sul territorio di riferimento.

⁴⁷ Vedi *supra*

⁴⁸ Le lettere sono state pubblicate su Oaklandinstitute.org

⁴⁹ *Nguti Court Division*, Decisione emanata nel Dicembre 2011, vedi sul punto Oakland Institute, cit.

Nel mese di aprile 2012, il Ministero delle Foreste e Fauna ha condotto una missione ufficiale di valutazione sul progetto SGSOC nel Distretto Nguti. Dopo aver osservato diverse infrazioni e la mancanza della corretta autorizzazione per il disboscamento di 100 ettari di foresta⁵⁰, la missione ha sequestrato gli alberi caduti e recentemente sospeso le attività della SGSOC.

E' di Maggio scorso, infine l'ultima istanza sollevata a carico della dell'investitore e del Ministero dell'Agricoltura di fronte la Corte Suprema Camerunense. Nel caso di specie, una *grassroot organization*, che rappresentava la comunità locale coinvolta, ha lamentato l'arbitrario disconoscimento dei diritti consuetudinari preesistenti sulla terra, dei quali è tuttavia possibile provare l'uso effettivo; la Corte non si è ancora espressa in merito a tali rivendicazioni.

Sezione Seconda

12. Il contratto di concessione fra Mali e Libya presenta un profilo estremamente peculiare; infatti, sebbene l'accordo sia concluso fra i due Stati, i diritti e gli obblighi da essi derivanti si incardinano in capo ad un terzo soggetto, la società Malibya⁵¹, che non è, però, parte contrattuale. L'impresa in questione costituisce il braccio d'investimento di un fondo sovrano libico. Sulla base delle considerazioni effettuate nel presente lavoro rispetto al diverso *status* giuridico di cui godono le imprese pubbliche ed i fondi d'investimento sovrani⁵² – e non essendo in possesso di ulteriori documenti collegati al contratto in esame che conferiscano allo stato libico il potere di contrarre in rappresentanza della società Malibya e contemporaneamente le attribuiscono in via negoziale la realizzazione del progetto d'investimento⁵³ –, si ritiene che essa goda statutorialmente di un rapporto organico d'identità rispetto allo Stato, tale per cui la Libya dovrà rispondere di qualsiasi violazione contrattuale in cui la società sia incorsa. In tal senso fa propendere anche la clausola relativa alla risoluzione delle controversie

⁵⁰ Il disboscamento illegittimo di una zona forestale esplicitamente esclusa dalla concessione dell'area di produzione è stato confermato dalla *Fact Finding Mission* della Commissione, che ha effettuato una stima del risarcimento danni dovuto dalla società per la violazione in questione.

⁵¹ La Malibya è una società sussidiaria del fondo d'investimento sovrano Libya Africa Investment Portfolio (LAP)

⁵² Vedi Capitolo II del presente lavoro.

⁵³ Ipotesi pur plausibile, ma non verificabile. Sulla base della sola analisi del contratto si ritiene di dovere fornire l'interpretazione suddetta.

in merito all'applicazione ed alla interpretazione del contratto, che sarà devoluta all'arbitrato fra le due *parti* contrattuali.

La società agisce quindi come braccio operativo di cui lo Stato si avvale per la realizzazione del progetto d'investimento, portato ad esecuzione nel suo pieno interesse.

La zona destinata al progetto d'investimento di Malibya, è posizionata sul Delta del Niger e copre un'area di ca. 100.000 ettari. Il contratto di concessione si inquadra nel più ampio quadro di rafforzamento ed integrazione economica fra i due Stati volta a realizzare interessi strategici di comune rilevanza per i due Paesi. Il progetto d'investimento agricolo si propone, in proposito, di realizzare la sufficienza alimentare di entrambi i paesi, sviluppare l'agroindustria e l'allevamento⁵⁴; la concessione è, infatti, vincolata all'uso agricolo della terra per la realizzazione di un pubblico interesse⁵⁵. Il termine di durata risulta anche in questo caso piuttosto lungo, cinquant'anni e sottoposto a rinnovo⁵⁶.

13. La società ha diritto ad utilizzare la terra in assenza di qualsivoglia corrispettivo. Le parti hanno infatti pattuito la gratuità della concessione sulla terra. A tale anomalia, si contrappone un canone di utilizzo per l'acqua suddiviso in base alla tipologia di irrigazione. Ciononostante, la società detiene ampia discrezionalità in merito all'utilizzo delle risorse idriche. La società ha, infatti, il diritto di utilizzare l'acqua superficiale e sotterranea senza restrizioni dal mese di Giugno a Dicembre⁵⁷. Il Mali si impegna inoltre a concedere la terra priva di tutti gli impedimenti relativi a pendenze giudiziali o proprietà individuali o collettive che impediscano lo sfruttamento pieno ed esclusivo della terra da parte dell'investitore per la realizzazione dell'investimento. La clausola in questione obbliga quindi lo Stato ad effettuare le prelieve necessarie espropriazioni per garantire il pacifico godimento della terra alla società, senza riguardo di diritti eventualmente preesistenti⁵⁸.

⁵⁴ L'investimento è inserito nella più ampia iniziativa *Rice Initiative* malese, che prevede anche la costruzione di un canale nel bacino di riferimento.

⁵⁵ La presenza di questa notazione nel contratto potrebbe determinare una serie di ripercussioni sul regime di immunità dello Stato dalla giurisdizione civile. Sul punto estensivamente Capitolo V del presente lavoro.

⁵⁶ L'attività di produzione è stata sospesa in seguito alla caduta del regime di Gheddafi. I rappresentanti del governo ad esso succeduto, hanno tuttavia garantito che sarà al più presto ripresa, in virtù della "bontà" dell'investimento, <http://farmlandgrab.org/post/view/21987>, ultimo accesso 20 Ottobre 2014 .

⁵⁷ Da Gennaio a Maggio è vincolata alle colture *non water intensive*.

⁵⁸ Nel caso, invece, del contratto stipulato dal Cameroun con la SGSOC, lo Stato garantiva che la terra fosse già priva di qualsiasi tipo di impedimento al momento della conclusione del contratto.

Anche il contratto in esame prevede una serie di limitazioni al pieno esplicarsi della *jurisdiction* dello Stato sul proprio territorio, sebbene non siano presenti clausole espresse di stabilizzazione all'interno del contratto⁵⁹. La costruzione di infrastrutture pubbliche è infatti soggetta alla previa *approvazione* dello Stato libico, che dovrà, inoltre, essere compensato di tutti i costi e le perdite sostenute in seguito ai lavori di costruzione. I termini negoziali non consentono tuttavia alla società di subaffittare o trasferire i diritti di cui essa è titolare sulla terra destinata al progetto, né di avvalersi di un operatore per gli obblighi contrattuali assunti relativamente all'attività agricola, potendosi esclusivamente avvalere di contratti di partenariato con terzi.

Ai sensi del contratto, la concessione della terra è condizionata ai risultati dell'ESIA condotto su incarico dell'Investitore. Tuttavia, non è chiaro se ad oggi sia stato mai redatto uno studio di impatto ambientale e sociale⁶⁰. Ciononostante, il progetto ha già preso avvio, in assenza di qualsiasi monitoraggio da parte delle autorità malesi.

Nel caso di specie l'ESIA risulta fondamentale. La concessione di un utilizzo così ampio e discrezionale delle risorse idriche – il cui approvvigionamento deve essere peraltro garantito *direttamente* dallo Stato ospite – desta seri dubbi in merito alla sufficiente distribuzione idrica al di fuori della zona d'investimento, in particolare durante i periodi di secca del Delta. L'accesso all'acqua delle popolazioni adiacenti è messo, evidentemente, a serio repentaglio⁶¹.

La realizzazione dell'investimento contempla anche la costruzione del più ampio canale esistente in Mali. Al 2009, la Malibya aveva già completato 40 km del canale d'irrigazione, il cui inizio corrisponde proprio alla fonte che alimenta i campi dei piccoli coltivatori diretti dell'Office du Niger.

14. Dall'analisi dell'accordo pare ragionevolmente potersi affermare che si tratta di un contratto d'investimento regolato dal diritto interno⁶².

⁵⁹ Esse potrebbero essere tuttavia previste dal Protocollo d'Investimento citato.

⁶⁰ Né il governo né le società hanno infatti reso pubblico alcuno studio di impatto ambientale e sociale. Generici riferimenti sono fatti dall'Investitore in merito ai studi topografici sul suolo e di fattibilità *esclusivamente* economica del progetto. Non risulta inoltre, che finora lo Stato abbia effettuato alcun controllo o monitoraggio delle attività dell'impresa.

⁶¹ Si fa presente che il Mali ha ratificato nel 1974 entrambi i Patti di New York del 1966 e nel 2001 il Protocollo Opzionale relativo al Patto sui diritti civili e politici. Sulla ricostruzione del diritto all'acqua nel diritto internazionale vedi ampiamente Cap. I del presente lavoro.

⁶² Sulle difficoltà in merito alla distinzione fra contratti o trattati stipulati tra gli Stati, vedi estensivamente cap. III paragrafo 15 del presente lavoro.

La legge applicabile al contratto d'investimento è, infatti, il diritto malese vigente. Il contratto effettua un rinvio a due strumenti in vigore fra le parti, il *Protocole d'Investissement entre la Libye et le Mali* e il *Plan d'action*⁶³; il sistema di benefici e protezione da essi contemplato è quindi applicabile alla transazione in questione.

Il codice d'investimento malese richiamato dal contratto, in particolare, concede per legge alle grandi imprese una serie di vantaggi fiscali. Il sistema di investimento B (investimenti oltre USD 314,000) garantisce alle grandi imprese che intraprendono nuove attività un'esenzione totale per tutte le tasse e le imposte collegate all'attività d'impresa per trenta anni, un'esenzione di otto anni dalle tasse imponibili alle persone giuridiche ed un'esenzione della durata di tre anni su tutte le tasse d'importazione su macchinari ed equipaggiamenti necessari per il progetto.

Non risulta tuttavia, che gli investitori godano di alcuna esenzione sull'esportazione di prodotti generati tramite l'attività d'impresa. L'esenzione dalle tasse e dalle imposte genericamente collegate all'attività d'impresa potrebbe invece farsi rientrare nelle misure di supporto domestico già analizzate *supra*.

Fra gli Stati coinvolti nelle operazioni d'investimento analizzate nel presente capitolo, il Mali è l'unico Paese per il quale è stato possibile reperire la lista dei *domestic support commitments*, seppure limitati alla categoria della *green box*. Vale la pena quindi verificare se fra essi possano farsi rientrare le esenzioni previste dal codice di investimento malese: secondo quanto contemplato nella lista, parte contingente delle misure di supporto escluse dagli impegni di riduzione è destinata a *Public stocks for food security purposes* ed al *Domestic Food Aid*⁶⁴. Non pare tuttavia che ad essi possano ragionevolmente ascrivere le misure finora analizzate: si tratta, infatti, di contributi *positivi*, cui le mere misure di esenzione non sono, evidentemente, equiparabili.

15. Il preambolo del contratto siriano - sudanese definisce l'accordo di concessione come un primo passo verso l'esecuzione dell'Accordo per la Cooperazione in Agricoltura stipulato tra i due Stati nel 2000, ed inserito nella più ampia cornice normativa del BIT che vincola i paesi dal 2001.

⁶³ I due documenti non sono tuttavia reperibili. Non è quindi possibile valutare la portata degli obblighi del Mali quale Stato ospite dell'investimento rispetto a quanto previsto nel trattato bilaterale.

⁶⁴ *Notification of Mali to the Committee on Agriculture, G/AG/N/MLI/2 and Annexes*, 15 Marzo 2013

Il contenuto del contratto, che risulta estremamente sintetico nonostante l'ampiezza dei diritti riconosciuti in capo alla Siria⁶⁵, risulta presumibilmente integrato e regolato dai due strumenti da esso richiamati⁶⁶.

Nel caso di specie non si rileva alcun affidatario nella transazione, che è direttamente conclusa tra i due Stati e vede dunque la Siria agire in via immediata quale soggetto investitore; tuttavia il contratto non esclude che quest'ultima possa trasferire i diritti di cui diviene titolare a soggetti privati per l'esecuzione del progetto d'investimento.

Quanto alla legge applicabile al contratto, sebbene non vi sia una clausola dedicata specificamente alla sua designazione, i termini negoziali si riferiscono frequentemente alla legge sudanese vigente e richiamano espressamente l'applicabilità al contratto della legge domestica sugli incentivi all'investimento. Da una preliminare interpretazione sembrerebbe dunque che sia il diritto applicabile sudanese a disciplinare il contratto⁶⁷.

16. La concessione è stipulata per una durata di cinquant'anni (rinnovabile) su una superficie di ca. 13.000 he, che il Sudan si impegna a consegnare alla Siria «*free of any rights, rents, benefits or ownership other than the property rights of Sudan*». Anche nel caso di specie, si presume, quindi, che lo Stato procederà alle espropriazioni necessarie per perfezionare l'accordo con lo Stato siriano. L'utilizzo della terra resta, tuttavia, vincolato alla produzione industriale agricola o di prodotti animali.

Sebbene i diritti riconosciuti alla Siria in materia di approvvigionamento idrico siano estremamente ampi⁶⁸, quest'ultima ha tuttavia l'obbligo di garantire la distribuzione delle risorse acquifere ad un cordone di terra esterno all'area data in concessione, ma ad esso adiacente, per mantenere la fornitura idrica ai piccoli coltivatori diretti della zona in questione.

Il contratto contiene poi una previsione piuttosto interessante: ai sensi dell'art. 3, la Siria non avrà l'obbligo di corrispondere il canone per la terra sulla quale ha già avviato

⁶⁵ Si tratta di un contratto di appena tre pagine.

⁶⁶ Nessuno dei due tuttavia reperibili da banche date ufficiali.

⁶⁷ Non è stato possibile reperire alcun documento in merito all'implementazione del progetto d'investimento. E' ragionevole ritenere, tuttavia, che esso sia sospeso allo stato attuale.

⁶⁸ La clausola consente, infatti, alla Siria di accedere direttamente alle risorse idriche del Nilo Bianco necessarie per la piena implementazione del progetto d'investimento, imponendole un generico obbligo di *razionalità* nell'uso delle stesse, la cui formulazione lascia comunque ampi margini di discrezionalità all'investitore. Anche nel caso di specie, l'accesso all'acqua risulta messo a repentaglio dall'ampiezza delle concessioni riconosciute in capo allo Stato investitore. E' utile ricordare che il Sudan ha ratificato entrambi i Patti di New York del 1966 – pur non avendo ratificato nessuno dei due Protocolli Opzionali – così come la Carta di Banjoul.

l'attività di produzione, creando in tal modo un incentivo sullo Stato investitore per implementare il progetto d'investimento.

La Siria gode ai sensi dell'accordo di una serie ampia di prerogative e benefici, in conformità a quanto stabilito dal BIT sudano-siriano. In particolare, l'accordo consente allo Stato di esportare i prodotti finiti e non realizzati tramite l'attività agricola, senza prevedere, d'altro canto, alcuna tutela per il mercato alimentare locale, non è infatti previsto l'obbligo di destinare una quota di produzione al commercio interno. La clausola è estremamente discrezionale e consente dunque alla Siria di esportare l'intera produzione.

Infine, una previsione contrattuale che desta qualche perplessità riguarda l'assoluta libertà dello Stato investitore nell'assunzione della forza lavoro. Non è richiesto, infatti, che una percentuale di essa sia reclutata fra i cittadini sudanesi. Quest'aspetto getta ulteriori ombre sull'apporto del progetto d'investimento allo sviluppo dello Stato ospite.

La Siria gode di un trattamento estremamente favorevole. E' infatti esente da qualsiasi imposizione doganale sui macchinari e gli strumenti importati per lo sviluppo del progetto d'investimento. Allo stesso modo gode di una totale esenzione dalla tassa sui profitti della compagnia per una durata di dieci anni a far data dall'inizio della produzione commerciale. Di un medesimo trattamento favorevole godono tutti i lavoratori non cittadini dello Stato ospite.

Sezione terza

17. Il contratto di concessione in esame è inserito nell' Accordo di Cooperazione stipulato fra l'autorità regionale argentina del Rio Negro e due diverse società, un'impresa pubblica cinese e la società designata a rappresentarla in Argentina⁶⁹. Quest'ultimo risulta composto da due sub-accordi⁷⁰: uno relativo al progetto di investimento agroalimentare per la produzione in via quasi esclusiva di semi di soia – e che comprende l'appalto per la costruzione di un sistema di irrigazione nell'intera

⁶⁹ Alla data di conclusione del contratto, la società cinese non aveva, infatti, ancora costituito una filiale argentina. Per i rischi legati agli investimenti effettuati con investitori statali, vedi estensivamente cap. II e V del presente lavoro.

⁷⁰ Anche il contratto in esame risulta estremamente sbrigativo nel disciplinare la concessione, tralasciando la regolamentazione di numerosi aspetti.

regione interessata – l'altro regola, invece, una proposta di investimento per la costruzione di un nuovo terminal nell'area portuale di San Antonio Oeste.

18. Nel sub-accordo che integra il contratto di concessione, la terra viene concessa per una superficie di 20.000 he ed un termine di durata di venti anni, tuttavia non vi è alcun riferimento al corrispettivo richiesto per la concessione. Nell'Annesso all'Accordo, si legge che l'autorità del Rio Negro concede *a titolo gratuito* alla società cinese una superficie di 3000 he, *in via preliminare*, per la produzione sperimentale di diverse varietà di colture, in prevalenza soia. La clausola lascerebbe dunque supporre che un accordo in merito al canone di concessione sarà raggiunto successivamente al completarsi dello sfruttamento dell'area concessa per la produzione dimostrativa. L'accordo consente, inoltre, di negoziare in futuro con l'investitore una ulteriore concessione per una superficie di 234.000 he.

L'autorità del Rio Negro si impegna a garantire all'investitore la possibilità di attingere ai fondi regionali provenienti dalla Banca Interamericana dello Sviluppo, in vista della presunta rilevanza fondamentale del progetto per l'accrescimento economico della zona d'interesse.

Una volta costituita una filiale con domicilio in Argentina per l'esercizio dell'attività d'impresa, l'autorità del Rio Negro concederà alla società la più ampia esenzione fiscale da tutte le imposte e le tasse sui profitti e su importazioni ed esportazioni di prodotti e macchinari collegati al progetto.

Considerata la natura preparatoria del contratto in esame, non è facile prevedere quale sarà, specificatamente, il contenuto delle clausole del contratto di investimento che verrà stipulato in esecuzione dell'accordo di cooperazione in oggetto.

Basti aggiungere che il BIT tra Argentina e Cina⁷¹ – nel cui quadro giuridico sarà presumibilmente sussumibile il futuro contratto – prevede che, conformemente a quanto previsto dalle regole di procedura ICSID e UNCITRAL, le controversie fra Stato ospite ed investitore siano decise facendo applicazione del diritto interno del Paese interessato, comprese le norme di conflitto dell'ordinamento designato. L'accordo specifica, inoltre, che gli arbitri avranno competenza a risolvere le controversie sorte da «any disputes

⁷¹ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Argentine Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment*, firmato il 5 Gennaio 1992, art. 7.

between an investor of one Contracting Party and the the Host State», contemplando ragionevolmente sia treaty che contract claims.

19. Esperti ambientali della provincia hanno denunciato il progetto come una forma di “ecocidio”. L’allarme, in particolare, è stato lanciato in merito ai potenziali impatti ambientali e sanitari che potranno generarsi in una zona caratterizzata da scarse precipitazioni naturali (200 mm annui) e la disponibilità di acqua estremamente limitata, che in seguito alla costruzione del sistema di irrigazione sarà deviata dal suo attuale corso, privando l’accesso idrico alle comunità locali .

Parte dell’area destinata al progetto, inoltre, è coperta da foreste native, la cui presenza ai sensi della Legge Nazionale delle Foreste Argentina n. 26.331 dovrebbe impedire, almeno in astratto, l’implementazione del progetto.

Il progetto prevede, poi, l’utilizzo della terra per la coltura quasi esclusiva di semi di soia, un prodotto non generalmente consumato nella zona d’investimento. Se quindi nel preambolo dell’accordo la concessione viene giustificata dalla necessità di implementare ed ottimizzare la produzione agricola nazionale, dall’altra parte si concede ad un investitore straniero il diritto di sfruttare la terra secondo le esigenze dello Stato d’origine e per l’esportazione dei prodotti da essa generati a tutela dell’autosufficienza alimentare del paese dell’investitore, piuttosto che dello Stato ospite.

Vale la pena infine sottolineare che l’accordo è stato reso pubblico solo dopo essere stato concluso, in assenza di qualsivoglia consultazione con le comunità rurali presenti sul territorio di destinazione.

Sezione quarta

20. L’accordo in esame differisce sostanzialmente da quelli sinora analizzati. Si tratta infatti di un Memorandum of Agreement fra due società privata il cui contenuto non prevede però il trasferimento di alcuna porzione di terra, quanto la costituzione di una *joint venture* per intraprendere attività di produzione agricola ed impianti di trasformazione su larga scala nelle Filippine.

Il *Memorandum of Agreement* (MOA) è stipulato fra la Far Eastern Investment Company Agricoltura (FEAICO), una società saudita e la società quotata Agrinurture, incorporata nelle Filippine. Entrambe le società sono impegnate nella commercializzazione di prodotti agricoli; FEAICO, in particolare, ha già implementato investimenti sulla terra in larga scala per la produzione di diverse colture.

L'accordo di *joint venture* è finalizzato alla costituzione di una società filippina con capitalizzazione iniziale di un milione di dollari, che presenti uno schema di partecipazione al capitale sociale e suddivisione dei dividendi rispettivamente del 60 % filippino e del 40 % estero.

Ai sensi del MoA, le società si impegnano a collaborare per individuare terre “*idle*” per gli investimenti in oggetto. L'accordo è di stabilire inizialmente delle piantagioni sperimentali a scopo dimostrativo per procedere gradualmente all'acquisto di una superficie di 50.000 ettari per la coltivazione di riso mais e banane.

I prodotti saranno destinati al consumo alimentare per il mercato locale e l'esportazione in Arabia Saudita ed altri mercati esteri di volta in volta individuati dalle società. La società di nuova costituzione si avvarrà, inoltre, di tutti gli incentivi applicabili, forniti dalle agenzie governative interessate.

L' accordo risulta estremamente interessante perché consente di analizzare la fase immediatamente precedente agli accordi di trasferimento o concessione veri e propri. In particolare, la possibilità che parte della partecipazione del capitale sia destinata all'acquisto sul mercato finanziario internazionale, e che quindi altri soggetti partecipino, seppur mediamente, ad operazioni d' investimento agricolo in larga scala sulla terra – tramite ad esempio i fondi pensione o i meccanismi d'investimento previsti dai *private equities* – consente di riflettere su un piano pratico in merito alle considerazioni già effettuate in precedenza relativamente alla commodificazione ed alla finanziarizzazione delle risorse naturali⁷².

⁷² Cfr. estensivamente il cap. II del presente lavoro.

Sezione quinta

21. La prassi contrattuale fa rilevare delle eccezioni rispetto al ruolo solitamente predominante dello Stato nella distribuzione ed allocazione delle terre. Il fatto che le transazioni siano negoziate a livello locale rappresenta quindi un'evoluzione positiva nella materia in oggetto, perché consente alle comunità di negoziare migliori termini contrattuali che si conformino ai loro interessi.

Tuttavia queste ultime non sono sempre messe pienamente a conoscenza della portata e dell'impatto dell'operazione d'investimento. Il processo negoziale può spesso, infatti, essere carente sotto il profilo della partecipazione pienamente informata ed inclusiva dei portatori d'interesse.

Le comunità locali, inoltre, mancano spesso delle capacità tecnico-giuridiche necessarie, che gli consentano di superare o eguagliare l'asimmetria negoziale che generalmente le caratterizza. Se non adeguatamente supportate, quindi, rischiano di concludere accordi loro sfavorevoli, piuttosto che sfruttare l'opportunità a loro vantaggio.

22. Nel caso di specie la comunità rurale di Kounkane, in Senegal, ha stipulato con la società privata norvegese Agri SAA un contratto che concede all'investitore l'utilizzo *esclusivo* di una parte delle terre di sua originaria pertinenza.

Il contenuto del contratto non risulta, in effetti, di gran lunga diverso da quelli finora analizzati; tale aspetto mette proprio in luce le considerazioni appena svolte in merito alla debolezza contrattuale delle comunità locali.

La comunità di Kounkane concede alla società AgroAfrica AS il diritto *esclusivo*⁷³ di utilizzare una superficie di 10.000 ettari per la coltivazione di piante di *Jatropha*⁷⁴ ed altre colture oleaginose. Il termine di durata del contratto è di 99 anni; dopo 50 anni il diritto di utilizzo esclusivo sarà automaticamente rinnovato per i successivi 49, a condizione che il suo esercizio sia continuativo.

⁷³ La trasferibilità dei diritti e degli obblighi delle parti è tuttavia esclusa dalle clausole contrattuali.

⁷⁴ Il contratto si inserisce nel quadro del progetto varato dal governo senegalese per la produzione di biogas finalizzato al raggiungimento dell'autosufficienza energetica da implementare su una superficie di 400.000 ha. in totale.

Dalle clausole contrattuali non risulta che la società sia soggetta a corrispondere alcun canone per l'esercizio del diritto ad essa concesso, né per l'utilizzo delle risorse idriche, a cui la società attingerà "*au besoin*".

Seppure nel preambolo la AgroAfrica AS garantisce la formazione di un elevato numero di posti di lavoro, gli obblighi contrattuali corrispondenti a tali intenti risultano assolutamente vaghi e difficilmente coercibili: la clausola si limita ad affermare che la società «*accepte de contracter avec les fermiers locaux pour planter, entretenir et récolter les plantes*», senza prevedere alcun piano di assunzione, né una descrizione dettagliata delle mansioni e del trattamento lavorativo cui tali soggetti saranno sottoposti.

23. V'è da chiedersi se sia possibile qualificare l'accordo quale contratto di Stato e, di conseguenza, se sia legittimo estendere tutte le considerazioni sinora svolte rispetto alla fattispecie in esame.

In primis andrà, quindi, stabilito se le comunità rurali in Senegal concludano tali contratti di trasferimento in virtù di loro titoli privati sulla terra – siano essi formali o consuetudinari – o se si tratti, piuttosto, di una competenza *amministrativa* di gestione della terra pubblica.

Come già rilevato, l'articolazione dei diritti sulla terra è estremamente farraginoso, specialmente nei Paesi dell'Africa Sub-Sahariana. L'ordinamento senegalese allo stato attuale⁷⁵ distingue fra "*trasferable and non-trasferable State land*" e "*private domain*". La prima categoria è ulteriormente suddivisa in *zones urbaines*, *zones classes*, *zones de terroir* e *zones pionnières*.

Le comunità rurali, in particolare, secondo quanto previsto dalla *Decentralization Law* del 1996, hanno funzioni amministrative relative alla pianificazione dell'uso della terra ed all'allocazione della stessa, oltre che competenza in materia di risoluzione delle controversie relative a *land disputes*. L'autorità gestionale dei *rural councils* è, tuttavia, soggetta ad un intenso controllo statale. Lo Stato, in particolare, detiene il diritto di veto sulle decisioni assunte da tali consigli e può intervenire per rimuoverle nel caso in cui esse siano contrarie agli interessi pubblici in materia di sfruttamento delle risorse

⁷⁵ Le questioni relative alla *land tenure* sono state oggetto di numerosissime riforme, che si sono accavallate, spesso in maniera poco coerente, sin dalla *National Domain Law*, emanata nel 1964 che ha nazionalizzato tutta la terra su cui vertevano diritti consuetudinari non prontamente registrati. Informalmente, tuttavia, la terra continua ad essere trasferita secondo meccanismi e rituali tradizionali.

naturali⁷⁶. Le comunità rurali possono, quindi, trasferire diritti di uso sulla terra pubblica, condizionandone il godimento ad un utilizzo produttivo.

Vi è dunque da chiedersi se le comunità agiscano, nella loro competenza contrattuale, per conto dello Stato quali meri delegati o se, piuttosto, godano di un'autonomia tale da potersi considerare enti separati, pur sempre di natura pubblica.

Dato il susseguirsi di strumenti legislativi in materia, da un esame complessivo non risulta pienamente chiaro se lo Stato goda di una competenza esclusiva, che decide di delegare o se essi godano di *propria* competenza attribuita direttamente dalla legge, come lascerebbe credere la *Decentralization Law* del 1996.

Da una prima analisi potrebbe ragionevolmente ritenersi che, considerato che lo Stato ha, sì, un incisivo potere di controllo e di veto sulle decisioni assunte da tali autorità locali, ma non può disporre della terra senza modificarne previamente la classificazione, questi contratti non vincolino, per lo meno a livello meramente contrattuale, direttamente lo Stato, pur potendosi continuare a qualificare come *State Contract*, nei limiti delle competenze riconosciute in capo a tali comunità.

La questione non è di poco conto, in particolare nell'ipotesi in cui un ente pubblico si obblighi con un investitore straniero, tramite la conclusione di clausole di stabilizzazione, a non modificare la legge vigente al momento della stipula, o a risarcire il privato nel caso in cui siano introdotte modifiche legislative a detrimento della posizione giuridica di quest'ultimo⁷⁷. In un caso simile, la comunità si troverebbe a disporre, di fatto, di competenze che non gli sono attribuite normativamente.

Qualche perplessità rimane inoltre in merito alla legge applicabile al contratto. Ai sensi dell'art. 5, la legge designata a regolare il negozio è individuata dalle parti nel diritto francese: la prima considerazione riguarda l'assenza di qualsivoglia collegamento del negozio in questione con l'ordinamento designato a disciplinarlo; in secondo luogo

⁷⁶ Sul punto pare utile precisare che lo Stato gode di ampia discrezionalità nel riqualificare la terra e sottoporre gli appezzamenti al regime giuridico di un'altra delle categorie *supra* elencate, sottraendola al controllo dei *rural councils*.

⁷⁷ La giurisprudenza arbitrale è frammentata sul punto, vedi ad esempio quanto stabilito dal tribunale arbitrale in *SPP v. Egypt*, ICSID Award, 1983, in *ICSID Reports*, p. 101 secondo cui uno Stato non diventa parte contrattuale di un negozio, per il mero fatto che un'ente pubblico lo ha sottoscritto. Di contrario avviso, la Camera di Commercio Internazionale in *Framatome v. Atomic Energy Organization of Iran*, in *Journal du Droit International*, 1984, p. 58 ss, secondo cui lo Stato non può sollevare l'eccezione dell'*ultra vires* giustificandosi con le previsioni del proprio ordinamento interno. A parere di chi scrive, tuttavia, nel caso in cui la disputa sia originata da un *contract claim*, non è possibile identificare automaticamente lo Stato con l'entità parte del contratto. Il problema può invece porsi in due ulteriori casi: *in primis*, nel caso in cui sia presente un'*umbrella clause* nel BIT di riferimento, che, come già chiarito, può avere l'effetto di trasformare l'illecito contrattuale in illecito internazionale; in secondo luogo, nel caso in cui l'entità pubblica violi *direttamente* una norma di diritto internazionale in materia di investimenti, sia essa consuetudinaria o pattizia, per la quale dovrà rispondere direttamente lo Stato.

seri dubbi sorgono in merito alla conoscenza da parte delle comunità rurali senegalesi della normativa francese. La scelta pare quindi rispondere al solo interesse dell'investitore, a detrimento, di fatto, della capacità delle comunità di sollevare una qualsivoglia rivendicazione in merito all'applicazione o all'interpretazione del contratto⁷⁸.

Il diritto senegalese, potrà quindi trovare un margine di applicazione, secondo quanto già chiarito⁷⁹, solo relativamente alle *lois de police* del Paese, in virtù dello stretto collegamento che esso mantiene con la fattispecie contrattuale⁸⁰.

24. Com'è stato possibile osservare dall'analisi della prassi negoziale fin qui svolta, gli investitori godono di consistenti incentivi e garanzie rispetto alle operazioni di investimento sulla terra in larga scala. È altrettanto evidente che gli investimenti diretti esteri in agricoltura possono rappresentare un "lama a doppio taglio"⁸¹ per lo Stato ospite, producendo effetti negativi sul territorio e a carico della popolazione di quest'ultimo, con le modalità che abbiamo osservato sinora.

Il quadro normativo che disciplina gli investimenti diretti esteri in agricoltura è composto da una serie di obblighi internazionali che si sovrappongono e creano un sistema di regolamentazione multilivello, difficile da districare al fine di individuare eventuali illeciti commessi dai soggetti coinvolti nelle operazioni ed in particolare, ai nostri fini, dallo Stato ospite.

La protezione garantita all'investitore dagli strumenti pattizi bilaterali e multilaterali in materia di investimento e le previsioni contenute nei contratti incidono, infatti, in maniera penetrante sui margini di azione dello Stato di destinazione rispetto all'esercizio della sovranità permanente sulle sue risorse naturali, articolato nelle dimensioni viste sinora.

⁷⁸ L'art. 14 consente inoltre che il contratto venga eseguito anche in Francia.

⁷⁹ Sul punto vedi estensivamente paragrafo 9 del presente lavoro.

⁸⁰ L'art. 8 prevede che, se il tentativo di conciliazione non dovesse andare a buon fine, le parti si rivolgeranno alla Camera di Commercio Internazionale perché indichi un arbitro designato alla risoluzione della controversia; la procedura, inoltre, è previsto che si tenga a Parigi ed in lingua inglese, nonostante l'ordinamento designato sia quello francese, così come la lingua ufficiale del Senegal. E' di immediata evidenza come l'onerosità e l'inaccessibilità di una simile procedura pongano la comunità di Koukane in una posizione di netto disequilibrio a favore dell'investitore, non consentendole *di fatto* di potervi partecipare. E' possibile, tuttavia, che sarà lo Stato a dovere subentrare ad esse, seppure non abbia previamente autorizzato la comunità a stipulare una simile clausola.

⁸¹ SMITH, cit, *passim*.

Lo Stato ospite rischia, quindi, di incorrere in responsabilità internazionale su due diversi versanti.

È possibile che il Paese, nell'eseguire un obbligo che discende direttamente dal BIT o dal contratto, violi una norma pienamente vincolante in materia di diritti umani. Allo stesso modo lo Stato, nell'implementare una misura posta a tutela dei diritti umani, potrebbe porsi in violazione della clausola del *fair and equitable treatment* o ancora di una *stabilization clause*.

Volendo esemplificare, se lo Stato decidesse di imporre all'investitore il rispetto di una quota di esportazione, oltre la quale destinare i prodotti agricoli al mercato alimentare interno, questi potrebbe incorrere in responsabilità, a meno che non sia in grado di dimostrare che tale misura integri, secondo le ricostruzioni più sopra prospettate, una *regulatory measure*. D'altro canto, lo Stato dovrà essere in grado, *preventivamente* di accogliere investimenti che siano *food security oriented* affinché non sorga in capo ad esso alcuna responsabilità internazionale, per avere eseguito uno *State contract* che metta a repentaglio il diritto ad un'alimentazione adeguata delle popolazioni locali.

Come si vedrà oltre, sia in fase di *pre-* che *post-establishment* è, quindi, lo Stato ospite ad essere primariamente gravato dell'esercizio legittimo dei suoi poteri sovrani.

Dopo avere delineato le potenziali soluzioni interpretative e i meccanismi di armonizzazione che consentono di risolvere l'antinomia già a livello normativo e, dunque, prima che venga invocata la responsabilità internazionale dello Stato, sembra utile valutare analiticamente quali siano i margini di violazione insiti nelle operazioni di investimento che integrano il fenomeno del *land grabbing*, considerando in particolare gli illeciti internazionali dello Stato ospite e, più marginalmente, quelli degli altri soggetti coinvolti nelle transazioni.

Partendo dal presupposto che nessuno Stato dovrebbe avere interesse ad attrarre investimenti che incidano negativamente sul *well-being* della propria popolazione, la nostra attenzione sarà volta, in particolare, alle potenziali violazioni degli obblighi già delineati in materia di diritti umani ed ambiente e che, come più volte ribadito, *condizionano* la legittimità dell'esercizio della sovranità permanente degli Stati sulle loro risorse naturali. Gli obblighi di cui lo Stato è gravato nei confronti degli investitori, non lo esimono, infatti, dal pieno rispetto di quelle prescrizioni che, allo stesso modo, gli impongono la salvaguardia di interessi essenziali.

CAPITOLO QUINTO

Responsabilità internazionale, sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali e Land Grabbing

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del *land grabbing* di fronte agli obblighi internazionali degli Stati in materia di diritti umani ed ambiente. – 2. *Segue.* Il fenomeno della corsa alle terre vagliato alla luce del diritto ad un'alimentazione adeguata. – 3. *Segue.* I potenziali profili di applicabilità del principio di autodeterminazione dei popoli – 4. *Segue.* La violazione degli obblighi sostanziali e procedurali in materia di ambiente – 5. *Segue.* Il regime di responsabilità dello Stato ospite, in particolare la violazione di obblighi *erga omnes*. – 6. *Segue.* I profili di responsabilità internazionale dello Stato d'origine: in particolare, il ruolo delle società di Stato. – 7. I profili di responsabilità della Banca Mondiale e delle altre Organizzazioni Internazionali coinvolte nel fenomeno. – 8. I profili di responsabilità delle imprese multinazionali. – 9. Le prime tendenze giurisprudenziali in materia. – 10. Conclusioni.

1. Come si è già avuto modo di osservare, gli investimenti in larga scala sulla terra sono in grado di determinare una certa compressione sui diritti umani goduti dalle comunità locali presenti sui territori interessati, sia in forma individuale che, per certi versi, collettiva, in quanto esse sono *immediatamente* dipendenti dal pieno *accesso* alla terra, che ne integra imprescindibile strumento di realizzazione.

Proprio in vista di tale circostanza, il Relatore Speciale sul diritto al cibo, ha sollevato una serie di perplessità rispetto all'incidenza di tali operazioni sul diritto al cibo, sul diritto allo sviluppo, sul diritto dei popoli indigeni ad utilizzare la loro terra e delle comunità locali a disporre liberamente delle loro risorse naturali.

E' facile intuire, rispetto agli obblighi già analizzati nel presente lavoro, come l'accesso alle risorse naturali rappresenti, allora, il minimo comune denominatore posto a garanzia di tali diritti, sia ai fini dell'approvvigionamento alimentare che della perpetuazione delle comunità locali che insistono sui territori oggetto d'investimento, siano essi indigeni o gruppi eterogenei. Tale profilo assume estrema rilevanza rispetto ad un principio che ne funge, nel caso di specie da *reductio ad unum* e si pone in rapporto di propedeuticità rispetto al pieno godimento dei singoli diritti: il principio di autodeterminazione dei popoli.

In secondo luogo, si è già avuto modo di sottolineare come le operazioni d'investimento sinora analizzate presentino un notevole impatto ambientale sugli ecosistemi delle regioni interessate, peraltro già fragili a causa delle conseguenze del cambiamento climatico¹. Molte delle transazioni in disamina non contengono obblighi a carico dell'investitore di riabilitare la terra durante i lunghi periodi di affitto che caratterizzano i contratti. Le attività economiche intraprese ed, in particolare, quelle legate alle monocolture incidono notevolmente sulla biodiversità e la produttività del suolo. La tutela ambientale dall'erosione degli ecosistemi e dalla contaminazione delle acque non sempre ricorre fra le previsioni contrattuali sinora viste. In particolare, secondo attenta dottrina, l'impatto ambientale (negativo) derivante dalla produzione agricola su larga scala può osservarsi sotto quattro profili: erosione del suolo, perdita dell'habitat naturale, inquinamento ambientale e depauperamento acquifero². Sorge quindi il dubbio che tali pratiche possano integrare una violazione degli obblighi esistenti in materia ambientale, già esaminati e riconnessi, in particolare alla 1) conservazione della biodiversità ed 2) al principio di prevenzione, quale criterio cardine dello sviluppo sostenibile rispetto alle attività economiche condotte all'interno dello Stato.

2. Nell'analizzare i profili di responsabilità internazionale dello Stato ospite, sembra utile ripercorrere sistematicamente gli obblighi internazionali sinora analizzati e valutarne i potenziali margini di lesione suscettibili di scaturire dal fenomeno in analisi, iniziando dal diritto ad una alimentazione adeguata.

L'impatto negativo che tali investimenti determinano a carico della sicurezza alimentare dello Stato ospite si sostanzia, *in primis*, nella possibilità concreta di una totale o significativa sostituzione della produzione alimentare locale con il raccolto destinato all'esportazione. Un simile risultato è frequentemente ottenuto tramite l'evizione forzata dei piccoli coltivatori locali e la progressiva dismissione delle terre da parte dello Stato ospite.

¹ Sul punto, TELETSETSKY, *Resource Conflicts over Arable Land in Food Insecure States: Creating an United Nations Ombudsman Institution to Review Foreign Agricultural, Land Leases*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2011, pp. 283 ss

² ID. p. 294, interessante sul punto il già citato report di FAO e World Bank, secondo cui «[e]nvironmental change is an inevitable outcome of economic growth and development. Economic activity, including commercial agriculture, qualitatively transforms the physical environment within which it takes place-that is inevitable.»

Nelle zone rurali di molti Pvs, compresi quelli considerati *supra* nella prassi negoziale, le risorse naturali rappresentano una fondamentale fonte di approvvigionamento, sia tramite l'utilizzo immediato – e dunque nel consumo diretto dei prodotti della terra – che attraverso le attività di sfruttamento economico.

Secondo quanto già accennato, il Comitato ESCR ha chiarito che le politiche che agevolano l'accesso alla terra si collocano fra le strategie fondamentali per la piena realizzazione del diritto al cibo³. Tuttavia, la tendenza alla concentrazione della proprietà agricola sta, al contrario, determinando una progressiva riduzione della terra disponibile, incidendo notevolmente sull'approvvigionamento alimentare⁴. Tale aspetto è tanto più rilevante, se si considera che la maggior parte degli Stati oggetto della *race to land* sono parte al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, e dunque, pienamente vincolati al rispetto dell'art. 11. Inoltre, quando le circostanze d'investimento comportino un detrimento tale da incidere sul diritto ad essere libero dalla fame, è evidente che l'obbligo primario violato integrerà una norma consuetudinaria.

L'accesso alle risorse naturali può definirsi come l'insieme dei processi tramite i quali i soggetti, individualmente o collettivamente, sono in grado di utilizzare le risorse naturali, anche a titolo temporaneo o permanente, indipendentemente da un titolo di accesso formale. Questi processi comprendono la partecipazione formale ed informale ai mercati, l'accesso delle risorse attraverso parentela e reti sociali, tra cui la trasmissione ereditaria dei diritti sulle risorse, e l'allocazione da parte dello Stato e dalle altre autorità di controllo⁵.

Deve ammettersi, tuttavia, che l'accesso non si traduce *per se* nel diritto ad un'alimentazione adeguata; esso rappresenta, piuttosto, un mezzo per soddisfare il requisito dell'*accessibilità* al cibo, quale elemento costitutivo di tale diritto. Di conseguenza, quando esso venga rispettato tramite mezzi alternativi, quando, cioè, lo Stato sia in grado di garantire che il soggetto possa essere dotato di strumenti socio-economici tali che gli assicurino un equivalente accesso al cibo, il diritto può dirsi rispettato

³ Vedi estensivamente sezione II cap. I del presente lavoro.

⁴ Estensivamente, DE SCHUTTER, *Agribusiness and the Right to Food*, Report presentato al Consiglio dei Diritti Umani, (A/HRC/13/33), Marzo, 2010. Sul punto vedi anche BIGLINO, *L'accesso alla terra e la realizzazione del diritto al cibo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 173 ss.; SILVESTRI, *Investimenti Diretti Esteri, Land Deals e Tutela dei Diritti Umani*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Atti del XVI Convegno Sidi, Catania, 23 -24 Giugno 2011, p. 503 ss.

⁵ Sul punto vedi COTULA, *The Right to Food and Access to Natural Resources* cit, *passim*.

D'altro canto, se lo Stato pone in essere delle misure, o lo consente a soggetti terzi, che, limitando l'accesso alle risorse naturali, si risolvono in un'insufficiente accessibilità al cibo, esso si porrà in netta violazione delle obbligazioni sopra brevemente delineate. Nel caso in cui l'accessibilità e la disponibilità dipendano prevalentemente, se non esclusivamente, dall'accesso alle risorse naturali è più che plausibile che si verifichi una simile ipotesi.

Nell'ottica dell'interdipendenza, interrelazione ed indivisibilità⁶ dei diritti umani, vi sono tuttavia altri obblighi, in capo agli Stati, che tutelano l'accesso alle risorse naturali⁷, sebbene non per le ragioni *immediatamente* legate all'approvvigionamento alimentare. Secondo parte della dottrina, l'accesso alle risorse naturali troverebbe tutela, da un lato, tramite il diritto di proprietà, e, dall'altro, attraverso il diritto di autodeterminazione dei popoli, inteso in questo frangente come diritto di disporre liberamente delle proprie risorse naturali e riconosciuto dall'art. 1, comune ad entrambi i Patti. Il rapporto fra le due norme è stato già chiarito precedentemente; sembra utile, tuttavia, ripercorrerne i tratti salienti rispetto all'impatto delle acquisizioni della terra in larga scala sulle comunità locali interessate.

In particolare, sembra utile ricordare che il diritto di proprietà non va inteso esclusivamente quale diritto *individuale*; è stato, infatti, largamente confermato che esso possa riferirsi a forme di proprietà collettiva⁸. L'evizione forzata delle comunità dalle terre d'origine, non avrà quindi rilevanza solo rispetto ai titoli individuali sulla terra. La violazione potrà, infatti, essere lamentata anche rispetto alla privazione di titoli di natura *collettiva*, formali ed informali, e con particolare riguardo alla più stringente tutela dei *land rights* riconosciuta in capo ai popoli indigeni.

Relativamente, poi, al diritto di tutti i popoli di disporre liberamente delle risorse naturali, ed agli obblighi da esso derivanti rispetto alla tutela delle aspirazioni del popolo, sembra utile vagliarne la portata applicativa rispetto al fenomeno del *land grabbing*.

3. Nel caso in cui sia un investitore pubblico ad acquisire la terra nello Stato ospite, l'identificazione del *land grabbing* con il fenomeno del colonialismo parrebbe

⁶ Dichiarazione di Vienna e Programma d'azione delle Nazioni Unite del 2003, Par. 5.

⁷ DE SCHUTTER, *The Emerging Human Right to Land*, in *International Community Law Review*, cit. p. 324

⁸ Sul punto, cfr. estensivamente cap. I del presente lavoro.

immediata, ma l'analisi dei rapporti realizzati tramite la corsa alle terre confuta immediatamente tale ipotesi.

Valga, *in primis*, una considerazione in merito alla relazione soggettiva instaurata storicamente tramite il colonialismo. Ciò che può osservarsi generalmente è, infatti, un rapporto di assoggettamento di natura *bilaterale*. In altri termini, esso era instaurato tra la potenza coloniale ed il popolo, soggetto al pieno controllo, politico ed economico, esercitato dalla prima sull'intero territorio della colonia, i cui “ governanti ” erano privi di qualsiasi potere sovrano .

Nel caso di specie si è, invece, in presenza di un rapporto di natura *triangolare*: l'investitore si trova, infatti, ad agire in un contesto nel quale è presente un'entità collettiva già organizzata in ente sovrano: lo Stato ospite, formalmente e legittimamente soggetto di diritto internazionale, che governa sulla propria comunità territoriale e ne veicola internazionalmente le aspirazioni.

Alla luce di questa struttura *ternaria*, che vede coinvolti tre diversi soggetti, lo Stato, l'investitore e la comunità territoriale, ci si può chiedere se nel caso del *land grabbing*, l'autodeterminazione possa trovare applicazione nella sua dimensione *interna*, sul versante del rapporto che intercorre fra il popolo ed il suo governo⁹.

Ripercorrendo brevemente quanto già specificato in materia, è utile ricordare che l'autodeterminazione economica regola le modalità di esercizio della sovranità permanente dello Stato ospite *al proprio interno*. In tale dimensione, di conseguenza, il principio è riconnesso al popolo *in contrapposizione* al proprio governo¹⁰. Lo Stato ha, infatti, l'obbligo di sfruttare le risorse naturali presenti sul proprio territorio senza arrecare detrimento al popolo e nell'interesse del medesimo, senza privarlo dei mezzi di sussistenza, ed, evidentemente *non* nell'esclusivo interesse di una piccola parte della popolazione.

Allo stesso modo, il trasferimento incondizionato del controllo che lo Stato esercita sulle proprie risorse ad un operatore economico, sia esso un privato o un investitore pubblico straniero, può dirsi integrare una violazione dell'art. 1 comune ai Patti. In particolare questo avviene, nell'ipotesi in cui lo Stato non si assicuri che l'attività posta in essere dall'investitore sia conforme all'esclusivo interesse della popolazione.

⁹ In merito alle dimensioni applicative del principio ed al suo contenuto normativo, vedi estensivamente cap. I sez.I del presente lavoro.

¹⁰ Sul punto vedi estensivamente CASSESE, op. cit. p. 103 ss., KIWANUKA, *The Meaning of People* cit. p. 92.

E' stato, infatti, possibile accertare che la discrezionalità dello Stato rispetto agli obblighi che può contrarre con soggetti terzi in merito allo sfruttamento delle risorse naturali trova il proprio limite supremo nell'*inalienabilità* della sovranità permanente¹¹. Questo criterio integra, come detto, il rispetto dell'obbligo da parte dello Stato di utilizzare le risorse in vista del massimo sviluppo nazionale e nel rispetto delle aspirazioni del proprio popolo, conformemente al principio di autodeterminazione *interna*. L'illegittimità di un atto di disposizione *definitiva* delle risorse naturali risiede, quindi, in una limitazione che deriva allo Stato in virtù degli obblighi di cui esso è gravato nei confronti della propria comunità territoriale.

Ora, lo Stato in quanto entità organizzata nasce con lo scopo di veicolare istituzionalmente il benessere economico del paese. E' quindi compito assai delicato riuscire a distinguere le situazioni in cui lo Stato utilizza le risorse per il beneficio del popolo o meno, considerata la discrezionalità tecnica che caratterizza la gestione economica delle risorse naturali. Gli investimenti esteri, tramite i quali lo Stato di destinazione esercita la propria sovranità sulle risorse naturali, dovrebbero, tuttavia, trovarsi in piena conformità con l'obbligo dello Stato di rispettare il principio di autodeterminazione.

Non si tratta di sostenere quanto pure accolto da parte della dottrina, che l'autodeterminazione interna presenti ontologicamente un requisito democratico¹², ma di verificare il comportamento dello Stato rispetto alle aspirazioni del proprio popolo in materia economica.

Considerate le caratteristiche del fenomeno in disamina sembra evidente che esso sia orientato all'accumulazione delle risorse in capo a un esiguo numero di soggetti, piuttosto che ai bisogni della popolazione nel suo complesso. Piuttosto che approntare politiche di riforma agraria volte alla restituzione e ridistribuzione delle terre, ed alla garanzia della certezza dei diritti sulla terra, gli Stati continuano, infatti, tramite

¹¹ Sul requisito dell'*inalienabilità* e della possibile portata normativa del principio vedi la ricostruzione effettuata da BROWNLIE, *Legal Status* cit. p. 264.

¹² Pare utile specificare che a parer nostro il principio di autodeterminazione non si risolve nell'obbligo per lo Stato territoriale di governare democraticamente. Sebbene il rispetto di alcuni diritti di natura per lo più procedurale, ed in generale i diritti di partecipazione possano fungere da importante spia nella valutazione del rispetto da parte dello Stato del principio in esame, la mera assenza di democrazia non può ritenersi conclusiva ai fini di un simile accertamento. La norma prevede, infatti, che il popolo sia libero di scegliere lo *status* politico ed economico che meglio si attaglia alle sue esigenze, senza imporre un unico contenuto normativo a tale libertà. Una simile pretesa irrigidirebbe eccessivamente il principio di autodeterminazione contenendone le possibilità applicative. Vale la pena accennare infine al rischio di un'esportazione inoculata del concetto liberale di democrazia in contesti giuridici che non condividono le medesime tradizioni.

l'accaparramento delle terre, ad agevolare la privatizzazione, mercificazione e concentrazione della terra in pochi mani in risposta alle esigenze "dettate" dalla globalizzazione economica¹³.

Considerata la rilevanza *dimostrativa* degli obblighi procedurali rispetto alla piena salvaguardia del principio di autodeterminazione interna, sembra utile valutare i possibili margini di illiceità del comportamento statale, quando il Paese ospite decida di sottoscrivere uno *State contract* per la produzione agricola in larga scala, senza aver riguardo dei diritti di consultazione ed informazione in fase di *decision-making*, posti a beneficio delle comunità locali interessate¹⁴. In particolare, una tutela stringente è riconosciuta in capo alle popolazioni indigene. Come si è già avuto modo di vedere, nel caso in cui l'operazione d'investimento determini un allontanamento definitivo dalle terre ancestrali, lo Stato è obbligato a ottenerne il consenso libero, previo ed informato. Nel caso di specie, non sarà quindi sufficiente la mera consultazione *orientata* in buona fede ad ottenere il consenso di tutti popoli interessati¹⁵: lo Stato ospite terrà un contegno illecito, se l'implementazione di un investimento sulla terra in larga scala non sarà preventivamente sottoposto alla procedura del *free, prior and informed consent* delle popolazioni indigene.

Nonostante l'obbligo di consultazione sia precipuamente radicato nel diritto all'autodeterminazione, esso discende egualmente dal diritto allo sviluppo. Non volendo ripercorrere quanto già rilevato rispetto l'ambigua natura duale del principio e le perplessità in merito al suo *status*, preme rilevarne la pertinenza nel caso di specie ed, in particolare, a livello regionale. La Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli disciplina espressamente tale norma, disponendo all' art. 22 che tutti i popoli debbano avere diritto al loro sviluppo sociale, culturale ed economico, avuto riguardo alla loro libertà ed identità ed al diritto di godere del patrimonio comune dell'umanità.

La previsione in parola è stata da ultimo invocata dal popolo *Endorois* contro il Kenya di fronte alla Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli¹⁶. La comunità, in particolare, lamentava che lo Stato «*had violated their right to*

¹³ Vale la pena sottolineare, che il *land grabbing* si sta sviluppando in un contesto giuridico pienamente radicato nella cultura coloniale ereditata dai "nuovi" Stati, ed ispirata alla teoria neoliberale della proprietà privata e dell'accumulo della ricchezza.

¹⁴ Si consideri, in particolare, l'accordo argentino-cinese esaminato nel cap. IV del presente lavoro.

¹⁵ Sull'estensione del obbligo di consultazione alle popolazioni non indigene o non qualificabili come tali vedi cap. I sez. I del presente lavoro.

¹⁶ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya, African Commission on Human and Peoples' Rights* n. 276/03, per un commento sul caso vedi GILBERT J., cit. p. 157 ss.

development by its failure to adequately involve them in the development process taking place on their customary lands, as well as failing to ensure the continued improvement of the communities well-being» per avere dato in concessione a privati investitori a scopo di turismo e attività mineraria le terre sulle quali vantavano diritti consuetudinari.

Ed in effetti, l'organo decidente ha riscontrato, per la prima volta a livello regionale ed internazionale, che il Kenya avesse violato l'art. 22. In particolare, secondo la Commissione, lo Stato avrebbe violato l'obbligo *«to conduct the consultation process in such a manner that allow the representatives to be fully informed of the agreement, and participate in the developing paths crucial to the life of the community»*. In altri termini, nel contesto degli IDE in agricoltura, tale interpretazione implica che gli Stati hanno l'obbligo di assicurare la partecipazione delle popolazioni direttamente interessate nelle fasi di pianificazione, approvazione e stabilimento di progetti in larga scala sulla terra.

La Corte ha adottato la prospettiva già enunciata dal Relatore Speciale sul Diritto al Cibo, secondo il quale lo *«human-rights based approach to development requires that States ensure the adequate participation of local communities concerned by land leases or purchases and that the decision making process is fully transparent»*¹⁷.

Simili considerazioni possono effettuarsi rispetto ai diritti procedurali in materia ambientale, quando essi siano contenuti in strumenti vincolanti per gli Stati ospiti che promuovano questo tipo di investimenti e siano in grado di determinare un impatto sull'ecosistema di riferimento. Se nella regione africana, come abbiamo visto, non possono (ancora) rinvenirsi stringenti obblighi procedurali in materia ambientale, nella regione latino-americana sono presenti una serie di strumenti, che, sebbene non elaborati al livello delle prescrizioni contenute in Aarhus, garantiscono, per lo meno in fase di pianificazione, una consultazione con le comunità di riferimento¹⁸.

4. Rispetto agli obblighi sostanziali in materia ambientale, va rilevato, in primo luogo, che se le attività implementate tramite un'operazione di investimento sulla terra in larga scala siano in grado di incidere negativamente sull'ambiente di altri Stati o di zone non sottoposte alla sovranità di alcun Stato, il Paese ospite commetterà un illecito in violazione degli obblighi transfrontalieri di prevenzione e precauzione già esaminati. Sebbene l'ipotesi risulti improbabile a livello teorico, la produzione agricola intensiva,

¹⁷ DE SCHUTTER, ult. cit. para 19

¹⁸ Sul punto si veda estensivamente Cap. I sezione III del presente lavoro.

può imporre pressioni tali da incidere sull'equilibrio acquifero di certe zone dell'Africa, basti pensare alle tensioni già esistenti nella regione del bacino del Nilo¹⁹.

Avendo riguardo alla tutela dell'ambiente *per se*, lungi dal voler ripercorrere l'intera catena di obblighi già analizzata, preme evidenziare quali siano i rischi rilevanti che derivano dall'implementazione di tali colture intensive.

In primis, come anticipato, il rischio è che il suolo risulti inesorabilmente degradato dal ricorso alle monocolture, considerato il depauperamento dei nutrienti, solitamente contenuti nella terra fertile²⁰ e l'esposizione continua dello strato superficiale, annualmente sottoposta a lavorazione per le piantagioni di cereali. Come è stato possibile rilevare, i contratti non contengono obblighi stringenti che impongano all'investitore di rispettare il ritmo naturale di riproduzione del suolo. Tuttavia, secondo quanto elaborato precedentemente, gli Stati hanno l'obbligo di valutare preventivamente l'impatto ambientale delle attività condotte sul proprio territorio, in virtù dell'estensione del principio di prevenzione alla tutela dell'ambiente *interno*, non più soltanto transfrontaliero²¹.

Altrettanto negativi sono gli effetti delle produzioni agricole in larga scala sulla diversità biologica. Le coltivazioni di riso e grano in terre non destinate naturalmente ad accoglierle, impone una pressione non indifferente sia a livello di habitat che di specie. L'agricoltura intensiva non incide, infatti, solamente su habitat selvatici o zone forestali, ma anche sulla biodiversità dei prodotti agricoli, mettendo a repentaglio la capacità di sopravvivenza di una numerosa quantità di specie. Sul punto preme specificare, inoltre, che la maggiorparte delle specie tipiche sono immediata fonte di sostentamento per le comunità locali ed i popoli indigeni, nonché parte integrante della loro cultura. Ebbene, la maggiorparte degli Stati coinvolti nel fenomeno del *land grabbing* sono parte alla Convenzione sulla Biodiversità e al Trattato sulle risorse fitogenetiche, che impongono loro rispettivamente di rispettare e promuovere la conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile delle risorse genetiche per alimentazione ed agricoltura. Per valutare l'impatto di simili operazioni sulla biodiversità, sia sufficiente riflettere su un dato inquietante: i piccoli coltivatori hanno già perduto accesso al 90% della varietà

¹⁹ TELETSETSKY, cit. p. 67

²⁰ CLAY, *World Agriculture and the Environment: A Commodity-by-Commodity Guide to Impacts and Practices*, Boston, 2004, p. 47

²¹ Sul punto vedi Sez. II cap. I del presente lavoro

genetica di colture²². Non pare, quindi, potersi dubitare della responsabilità di uno Stato ospite che promuova sul proprio territorio attività di tal sorta da incidere negativamente sulla protezione degli habitat e delle specie autoctone.

Simili considerazioni possono svolgersi in margine all'inquinamento ambientale dovuto ai pesticidi ed al contributo delle monoculture sulla desertificazione, rischi entrambi contemplati ed, evidentemente, censurati in strumenti pattizi, ratificati da un ampio numero di Stati²³.

5. A parte alcuni obblighi in materia ambientale a carattere prettamente reciproco²⁴, la disamina degli obblighi fin qui effettuata dà contezza del fatto che il nucleo essenziale delle norme brevemente richiamate nella presente sezione, condivide la natura di obblighi *erga omnes*²⁵, siano essi di natura consuetudinaria o, *erga omnes partes*, contenuti in strumenti convenzionali. Il carattere *erga omnes* non si riflette, com'è noto, nell'*estensione* soggettiva dell'obbligatorietà della prescrizione, quanto nella circostanza che la loro violazione determina un'*estensione* degli Stati che possono invocare la responsabilità da essa scaturente²⁶: essi sono esigibili dall'intera comunità internazionale.

La struttura delle norme che contengono obblighi *erga omnes*, esprime, infatti, un interesse *generale* della comunità internazionale al rispetto della prescrizione ivi contenuta. Le norme, lungi dal tradursi in forma di obblighi a carattere reciproco o correlato, prevedono prescrizioni di natura assoluta ed obiettiva, sottratte, cioè alla «libera disponibilità degli Stati, in quanto direttamente ascrivibili ad interessi di soggetti terzi»²⁷.

²² TREWEEK, BROWN BUBB, *Assessing Biodiversity Impacts of Trade: a Review of Challenges in the Agriculture Sector*, Dicembre 2006 disponibile su <http://www.cbd.int/impact/case-studies/cs-impact-iapa24-4-treweek-et-al-2006-en.pdf> <http://www.cbd.int/impact/case-studies/cs-impact-iapa24-4-treweek-et-al-2006-en.pdf>

²³ Rilevante in tal senso è la *Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants*, firmata il 22 Maggio 2001 e ampiamente ratificata.

²⁴ Si tratta di obblighi dalla cui violazione scaturisce tradizionalmente la norma secondaria legata alla riparazione dell'illecito nei confronti dello Stato leso.

²⁵ La letteratura in materia è vastissima. Si vedano quali autori di riferimento per tutti RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 1997, e PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 34 ss

²⁶ Art 48 c. I-II del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati.

²⁷ PICONE, *Obblighi reciproci ed erga omnes*, cit. p. 33

Tale necessità è ben enucleata nel *dictum* della Corte Internazionale di Giustizia nel parere sulle *riserve alla convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio*²⁸.

La categoria così elaborata, è stata poi terminologicamente e concettualmente introdotta con la pronuncia sul caso *Barcelona Traction* del 1970²⁹ secondo cui «*(i)n particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*». e seguita, nel medesimo senso, dal caso *Timor Est*, proprio relativo al principio di autodeterminazione dei popoli³⁰. Considerata, seppur sommariamente, la natura degli obblighi in parola, v'è dunque da chiedersi quali siano le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione di questi³¹.

Volendo iniziare dalla fattispecie di *sintesi* fra quelle finora trattate – il principio di autodeterminazione – pare utile premettere quanto rilevato da attenta dottrina³² in merito alle ipotesi applicative della norma in oggetto. Come abbiamo già avuto modo di sostenere, infatti, tale norma, pur essendo suscettibile di più articolazioni, mantiene la propria unitarietà concettuale. Allo stesso modo, riteniamo di poter accogliere la tesi che non distingue le conseguenze derivanti dalla violazione del principio in base alla dimensione interna o esterna o alle situazioni applicative ad essa riconducibili.

²⁸ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *Advisory Opinion of 28 May 1951*.

²⁹ Corte Internazionale di Giustizia, *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain))*, sent. 5 febbraio 1970, para . La Corte chiarisce perfettamente che la qualificazione degli obblighi *erga omnes* risiede proprio nell'esigibilità dei medesimi da parte degli Stati agenti. Sul punto, est. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, riprodotto in *Comunità Internazionale ed Obblighi Erga Omnes*, Napoli, 2006 p. 600 ss.

³⁰ V. *East Timor (Portugal v. Australia)*, sent. 30 giugno 1995, par. 29: «*in the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination has an erga omnes character, is irreproachable*».

³¹ Sembra utile specificare che l'assetto attuale del *Draft Articles* non corrisponde a quanto elaborato dai precedenti Relatori Speciali ed in particolare Ago, la cui proposta, pur mantenendo gli obblighi *erga omnes* quale categoria di riferimento, differenziava i regimi di responsabilità internazionale distinguendo fra diverse categorie di norme primarie rispetto all'intensità della norma (crimini e delitti) ed ella gravità della loro violazione. Sul punto estensivamente SPINEDI, *International Crimes of State. The legislative History*, in WEILER, CASSESE, SPINEDI (eds.) *International Crimes of State, A critical analysis of art. 19 of the Draft Articles on State Responsibility*, Berlino, 1989, p. 21 ss.. L'attuale assetto confonde invece i due piani, autonomi, delle norme imperative di diritto internazionale e delle norme che integrano obblighi *erga omnes*, su quest'ultimo aspetto, v. est. PICONE, ult. op. cit., *passim*.

³² PAPA, *Autodeterminazione dei popoli e stati terzi*, in DISTEFANO M. (a cura di), *L'autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, Padova, 2014, *passim*.

La Corte Internazionale di Giustizia, d'altronde, sia nel caso *Muro*³³ che nel caso *Timor Est* non ha ritenuto di dover specificare il carattere solidale dell'obbligo di garantire l'autodeterminazione, che pare quindi suscettibile di estensione nei limiti di quanto visto sinora e, di conseguenza, ai nostri fini, anche all'autodeterminazione economica *interna*.

Il principio di autodeterminazione enuclea in maniera emblematica un obbligo internazionale di natura solidale, che risulta, fra l'altro, inserito in via esemplificativa nel Commento al Progetto di articoli del 2001 della CDI³⁴. Sul punto, sembra rilevante specificare che, sebbene l'art. 40 si riferisca «*serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law*», il commento faccia riferimento ad un obbligo dovuto «*to the community as a whole*»³⁵.

Una simile circostanza è indice dell' approccio metodologico – non sempre condiviso³⁶ – della CDI nell'elaborazione dell'ultimo Progetto di articoli. Esso, in particolare, tende ad individuare nel carattere *imperativo* della norma il requisito necessario perché dalla violazione di essa possano discendere delle conseguenze più gravi (approccio sanzionatorio o penalistico) ai sensi degli artt. 40 e 41 e a distinguervi il profilo dell'*invocabilità*, cui sono legittimati tutti gli Stati ai sensi dell'art. 48 del Progetto³⁷, nell'ipotesi della violazione di un obbligo *erga omnes*.

Nel caso di una violazione del principio di autodeterminazione economica interna, la comunità internazionale, in assenza di uno Stato leso, sarà, quindi, legittimata a far valere l'illecito. Non trattandosi, tuttavia, della violazione di un obbligo reciproco, gli Stati potranno essere legittimati a reagire solo nell'ottica della tutela del valore collettivo³⁸. Le loro pretese saranno quindi limitate alla richiesta di cessazione dell'illecito, alla presentazione di adeguate garanzie di non reiterazione, e, nel caso di

³³ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere del 9 luglio 2004.

³⁴ UN Doc. A/56/10, par. 5, p. 284

³⁵ Tale aspetto ha a che vedere con la parziale sovrapposibilità che gli articoli ingenerano fra obblighi *erga omnes* e norme imperative di diritto internazionale. Sebbene il Progetto operi una distinzione basata sui criteri che vedremo, sembra utile anticipare che parte della dottrina ritiene tuttora possibile ascrivere gli obblighi *erga omnes* alla previsione in parola. Vedi PICONE, ult. op. cit., p. 628; cfr. anche BIANCHI, *Dismantling the Wall: the ICJ Advisory Opinion and Its Likely Impact on International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 343. Ss.

³⁶ Sul punto cfr. anche DUPUY, *General Stocktaking of the Connections Between the Multilateral Dimensions of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1053 ss.

³⁷ In realtà la sovrapposizione sorge dalla confusione già evidenziata da PICONE, ult. op. cit. Secondo l'autore, alcuni autori tendono a sovrapporre il fatto che la norma sia esigibile da tutti gli Stati, da un lato alla circostanza che essa vincoli tutti gli Stati, dall'altro, sul punto v. anche FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Roma, 2014, p. 123 ss.

³⁸ PAPA, cit. *passim*.

specie, alla riparazione a favore e nell'interesse beneficiari della norma (art. 48, par. 2, del progetto del 2001). Tale ultima facoltà rappresenta un'ipotesi estremamente rilevante ai fini del principio in esame, considerate le riflessioni già svolte rispetto al profilo soggettivo del diritto³⁹. La previsione consente, infatti, di dare rilevanza alle aspirazioni del popolo, illegittimamente compresse dall'illecito posto in essere dallo Stato responsabile⁴⁰. A tale scopo gli Stati diversi da quello leso potranno, ad esempio, adire un organo giurisdizionale⁴¹ o *quasi-judicial* o, ancora, portare la violazione all'attenzione di un foro internazionale.

Le violazioni gravi di un obbligo *erga omnes* attiverrebbero, poi, le ulteriori conseguenze di cui all'art. 41 del Progetto, relativo ad una serie di obblighi di solidarietà posti in capo a tutti gli Stati. Se in merito al par. 1 della norma in oggetto (l'obbligo di cooperazione attraverso mezzi leciti diretto all'eliminazione dell'illecito) le indicazioni della prassi e della giurisprudenza internazionale lasciano dubitare⁴² del carattere consuetudinario della previsione, l'ipotesi di cui al par. 2 presenta, ai nostri fini, una certa rilevanza.

Il divieto di riconoscimento della situazione prodotta dalla violazione come lecita fa riscontrare una certa "disponibilità"⁴³ da parte degli Stati anche rispetto ad atti che da un punto di vista prettamente formale non implicano un'approvazione del comportamento illecito dell'autore⁴⁴; la seconda ipotesi, al contrario, ovvero il divieto di prestare assistenza al mantenimento del medesimo non presenta una prassi del tutto eterogenea.

³⁹ Secondo la CDI, si tratterebbe di un'ipotesi di sviluppo progressivo del diritto internazionale in materia.

⁴⁰ Sul punto cfr. anche par 12 del commento all'art. 48 del progetto, UN Doc. A/56/10, p. 323.

⁴¹ A condizione che sussista un titolo di giurisdizione. Questo rimane ormai l'unico requisito necessario per l'ammissibilità dell'*actio popularis* a favore degli Stati terzi, in seguito alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment. 20 July 2012, par. 64 ss, che ha riconosciuto la legittimazione ad agire di Stati diversi da quello leso. Vedi sul punto PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia e tutela di valori collettivi nella sentenza sul caso Belgio c. Senegal*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 79 ss

⁴² Cfr. GAJA, *Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations Erga Omnes by Other States?*, in RAGAZZI (ed.) *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, 2005, p. 31 ss., p. 35

⁴³ Vedi sul punto PAPA, cit. p. L'esempio tipico è quello dell'accordo di associazione sottoscritto fra la CE ed Israele. Quest'ultimo, in particolare, aveva espresso la pretesa di far rientrare i prodotti originari della Cisgiordania nel regime preferenziale istituito dall'accordo. In senso opposto in quanto tali prodotti "non ricadono nella sfera di applicazione territoriale del detto accordo" si sono espresse sia la Commissione che la Corte di giustizia con sentenza del 25 febbraio 2010, Causa C-386/08, *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*.

⁴⁴ In questo senso, si discute se i regimi di *non-compliance* in materia ambientale costituiscano ipotesi di regimi speciali di responsabilità. In senso negativo, PINESCHI, cit. p. 428 ss., che sottolinea, in ogni caso, la complessità di coordinamento fra le due discipline. Prende, poi, una notazione in merito all'adozione di contromisure collettive in seguito a violazione di obblighi *erga omnes*. Se in materia di autodeterminazione, sembra sussistere nella prassi un certo margine di ricorribilità (in particolare se l'adozione è

Tuttavia, ai nostri fini, proprio quest'ultima previsione, in particolare l'obbligo di non offrire assistenza *economico-finanziaria* che contribuisca alla preservazione della situazione consolidatasi tramite l'illecito, presenta un interessante margine applicativo.

Come è stato già possibile apprezzare, il fenomeno del *land grabbing*, presenta una incisiva connotazione pubblicistica. Gli investimenti sulla terra sono, infatti, spesso finanziati dagli Stati d'origine delle multinazionali di *agribusiness*, cui vengono, fralaltro, garantiti una serie di incentivi all'esportazione dei prodotti alimentari ottenuti tramite l'attività intrapresa nello Stato ospite. Ci pare, quindi, di poter sostenere che, una volta accertata nel caso di specie l'illegittimità della pratica d'investimento rispetto ad una grave violazione del principio di autodeterminazione interna, l'ingente assistenza economico-finanziaria così prestata dall'*home State* alle imprese di riferimento ben potrebbe ascrivere ad un contegno fra quelli censurati dall'art. 41 (2) del progetto⁴⁵.

E' utile specificare, a questo punto, che sebbene, secondo le costruzioni più sopra proposte, il regime di responsabilità è costruito intorno al carattere *erga omnes* delle norme in oggetto, la specifica disciplina si riferisce a norme primarie esclusive istitutive di obblighi *erga omnes*, che presentino il carattere dell'*imperatività*⁴⁶. In altri termini, le più gravi conseguenze di cui all' art. 41 del Progetto non possono ritenersi altrettanto vevoli rispetto alla tutela di diritti umani ed alle norme in materia di protezione ambientale che, pur integrando obblighi *erga omnes*, non presentino il carattere di imperatività necessario ai fini dell'attivarsi della disciplina finora descritta.

Nel caso di specie, gli Stati "terzi", potranno fare ricorso esclusivamente alla disciplina dell'art. 48, facendo, ad esempio, valere la violazione di fronte alle corti o agli organi *quasi judicial* istituite dalle Convenzioni di riferimento o, eventualmente, porre in essere altre azioni dovute o consentite da regimi speciali di responsabilità.

6. Dopo aver individuato i profili di responsabilità che, a parer nostro, emergono in maniera preponderante nel fenomeno di specie, sembra utile esaminare altri potenziali

preceduta dal riconoscimento dell'illecito a livello internazionale), in materia di diritti umani esso pare escluso del tutto. Sul punto FOCARELLI, cit. p. 124 ss.

⁴⁵ Sul punto SAUL, KINLEY cit. p. 128. Sembra utile specificare che il medesimo comportamento da parte dello Stato ospite può dar luogo a diversi illeciti, in base al momento perfetto dell'illecito, sul punto vedi *infra*.

⁴⁶ Queste sarebbero infatti le uniche ad introdurre un regime di responsabilità aggravato, la cui violazione genererebbe, secondo l'ipotesi originariamente prevista da Ago, un crimine internazionale. Sul punto PICONE, ult. op. cit., p. 630, si vedano in particolare le note 21, 111 e 99.

duty-bearers e valutare eventuali margini di attribuzione per illeciti commessi in violazione degli obblighi fin qui delineati.

In particolare, rispetto alla tutela dei diritti umani messi a repentaglio dalla “corsa alle terre” è necessario effettuare una serie di considerazioni preliminari rispetto all’ambito di applicazione delle fonti normative che disciplinano la materia, e, nello specifico, degli strumenti pattizi sinora analizzati⁴⁷.

La nozione determinante per accertare la potenziale estensione degli obblighi degli Stati è la giurisdizione.

In linea generale⁴⁸, ai sensi del diritto internazionale, il termine giurisdizione indica i limiti di competenza di uno Stato rispetto all’autorità di regolamentazione della condotta dei soggetti ad esso sottoposti. La giurisdizione si estrinseca nel potere dello Stato di formulare le leggi, vederle applicate e risolvere le controversie che sorgano intorno alle stesse⁴⁹. Pertanto essa può generalmente ascriversi alla nozione di sovranità⁵⁰. Se l’ultima si riferisce, infatti, ad un *ius* dello Stato, ovvero al *legal title* attribuito a ciascun ente sovrano dal diritto internazionale, la giurisdizione ne estrinseca le modalità di esercizio. In altri termini, tale nozione integra un aspetto della sovranità statale, cui quest’ultima fornisce il limite di legittimità. Il diritto dello Stato *to regulate conduct* è, di conseguenza, delimitato dal principio di sovranità, a tutela del principio di non ingerenza. Il compito del diritto internazionale è, quindi, quello di distribuire il potere fra i diversi Stati relativamente alla disciplina di condotta dei singoli⁵¹.

Considerata la funzione ontologicamente delimitatrice del concetto di giurisdizione ai sensi del diritto internazionale, è facile comprendere perché essa è essenzialmente e generalmente ricondotta ad una dimensione territoriale. Essendo un attributo della sovranità, la giurisdizione non potrà che, *prima facie*, trovare un limite all’interno dei confini statali. Tradizionale conferma di tale assunto si riscontra nella pronuncia della

⁴⁷ Riteniamo che l’analisi che segue possa ritenersi, nei limiti delle specificità di ciascuno strumento, estensibile nelle linee generali, a tutti i trattati in materia di diritti umani, compresi quelli regionali.

⁴⁸ LOWE, *Jurisdiction*, in EVANS (ed.), *International Law*, Cambridge, 2006, p. 340. Secondo l’autore, in particolare, le tradizioni di *civil law* e *common law* sono tradizionalmente difformi rispetto alla nozione di *jurisdiction*.

⁴⁹ Sul punto estensivamente LOWE, cit. p. 342 ss.; CRAWFORD, *Principles*, cit., p. 675 ss; DEN HEIJER, LAWSON, *Extraterritorial Human Rights and Jurisdiction*, in (LANGFORD ET. AL.) *Global Justice and State Duties*, Oxford 2013, p. 153 ss; BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, p. 861ss.

⁵⁰ BESSON, cit. p. 863.

⁵¹ LOWE, cit. p. 354.

PCIJ nel caso Lotus⁵²: «*in this sense jurisdiction is certainly territorial, it cannot be exercised by a State outside its territory (..)*».

La legittimità dell'estensione rispetto al principio di non ingerenza andrà valutata, quindi, caso per caso. Sembra plausibile ritenere che, in rispetto della natura funzionale di tale concetto⁵³, il territorio e la giurisdizione non possano essere considerati sinonimi⁵⁴. La giurisdizione riguarda, in effetti, la capacità dello stato di regolare la condotta dei singoli e le conseguenze delle loro azioni. Essa ha quindi natura prettamente funzionale; l'estensione territoriale o personale del principio ne rappresentano specifiche istanze. E' possibile, ad esempio, che la potestà di legiferare di uno Stato travalichi i confini statali per rivolgersi ai cittadini non residenti nel territorio del medesimo⁵⁵. Il *jurisdictional link* va quindi individuato altrove.

Ora, i trattati sui diritti umani fanno genericamente riferimento, nel formulare la tutela apposta dagli obblighi da essi contemplati, al criterio della giurisdizione. L'ICCPR, in particolare, si riferisce ai soggetti presenti sul territorio dello Stato ed a quelli soggetti alla sua giurisdizione⁵⁶.

La Corte Internazionale di Giustizia, nel rifarsi alla prassi del Comitato per i Diritti Umani⁵⁷, ha chiarito che gli strumenti pattizi in materia di diritto internazionale siano suscettibili di essere estesi al di là del limite del territorio dello Stato⁵⁸.

⁵² PCIJ, *Lotus Case, France v. Turkey, Judgement* 7 Settembre 1927, Serie A, n. 10. Par. 45; nel senso che la giurisdizione è generalmente territoriale v. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Bankovic' v. Belgium and Others*, Decision of 12 December 2001, Rep. 2001–XII.

⁵³ BESSON, cit. p. 878.

⁵⁴ Rispetto alla materia in oggetto la letteratura è vastissima, cfr. fra gli altri ALSTON, QUINN *The Nature and Scope of state parties' obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1987 p. 156 ss.; COOMANS, *The extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights* in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 1 ss.; COURTIS SEPULVEDA, *Are extraterritorial obligations Reviewable under the Optional Protocol to the ICESCR?* in *Nordic Journal of Human Rights*, 2009, p.54 ss.; DE SCHUTTER ET AL. *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights* in *Human Rights Quarterly*, 2012, p. 1084 ss.; GIBNEY, SKOGLY, *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* University of Pennsylvania Press, 2010; MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *American Journal of International Law*, 1995, p. 78 ss.; MILANOVIC, *Extraterritorial application of Human rights treaties*, Oxford, 2011; SALOMON SEIDERMAN, *Human Rights Norms for a Globalized World: The Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights* in *Global Policy Journal*, Novembre 2012

⁵⁵ Cfr. sul punto DE SCHUTTER, *International Human Rights Law, Cases, Materials, Commentary*, Cambridge 2014, p. 197 ss.

⁵⁶ Interessante la ricostruzione di MERON, cit p. 80., ripresa da DE HEIJNER in merito alla redazione della norma.

⁵⁷ Vedi in particolare Human Rights Committee, *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, Views of 29 July 1981, UN Doc.CCPR/C/13/D/52/1979,

⁵⁸ Parere sul *Muro*, cit., par. 107 ss.

V'è da chiedersi, tuttavia, come vada interpretato il termine *giurisdizione* incluso negli strumenti in parola. In effetti, dai lavori preparatori dell'ICCPR, in particolare, non sembra che gli Stati si siano interrogati sullo specifico significato del principio⁵⁹. Come è facile notare, il criterio che ispirava la redazione dei Patti e, data la contingenza storica, anche della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁶⁰, era l'aspirazione all'universalità dei diritti umani. Il timore era quello di limitare eccessivamente l'ambito di applicazione delle norme, anche in ipotesi in cui lo Stato territoriale non fosse stato in grado di garantire pienamente i diritti, lasciando spazi vuoti privi di tutela. Naturalmente, all'universalità dei diritti, non può corrispondere l'universalità degli obblighi *tout court*. Il riferimento alla giurisdizione non implica, infatti, un obbligo generico di rispetto da parte degli Stati ovunque ed indipendentemente da qualsiasi criterio di connessione. Andrà quindi valutata la portata del criterio rispetto alla corretta individuazione degli obblighi di cui gli Stati sono gravati extraterritorialmente.

Sul punto preme specificare che la giurisdizione rispetto alla tutela dei diritti umani non corrisponde esattamente alla funzione limitatrice che il diritto internazionale le ascrive nel marcare le competenze di ciascuno Stato rispetto al potere di regolamentazione ad esso assegnato. Ci pare, infatti, che il *jurisdictional link* individuato tramite l'interpretazione degli organi di monitoraggio si riferisca non tanto al rapporto orizzontale di rispetto degli spazi sovrani di ciascuno Stato, quanto al rapporto verticale, tipico peraltro della natura delle norme che disciplinano i diritti umani, fra lo Stato e gli individui dotati di tutela⁶¹.

Ed in effetti, nella sua sola funzione delimitatrice, la giurisdizione intesa ai sensi del diritto internazionale non tiene conto di situazioni nelle quali gli Stati violino la sovranità di un eguale, o le giurisdizioni di due o più Stati si sovrappongono o, ancora, quando in cui non vi sia una chiara allocazione di competenze. Secondo il significato classico del concetto, lo Stato sarebbe obbligato al rispetto delle norme in materia di diritti umani, solo quando questo agisca nei "limiti giurisdizionali"; gli individui godrebbero solo in questo caso di piena tutela. Non vi è chi non veda il rischio riconnesso ad una simile interpretazione. La giurisdizione nei trattati sui diritti

⁵⁹ DE HEIJNER cit. *passim*..

⁶⁰ Se è vero che l'art. 27 va genericamente interpretato rispetto alla sola dimensione territoriale, esso non impedisce, contemporaneamente, un'applicazione extraterritoriale se le circostanze di fatto e di diritto lo consentono. Sul punto VITERBO, cit. p. 45.

⁶¹ Lopez, cit. para. 12.2 – 12.3

dell'uomo non riguarda, invece, *l'entitlement to act* quanto l'individuazione dei soggetti ai quali lo Stato deve assicurare piena tutela⁶².

Ed in effetti, parrebbe illogico interpretare tale nozione in modo che da consentire allo Stato di perpetrare una violazione dei diritti umani sul territorio di un altro Stato, quando il medesimo contegno è vietato all'interno dei propri confini⁶³. La nozione di giurisdizione non si riferisce, infatti, al luogo in cui la violazione è commessa, quanto al *rapporto* fra lo Stato e l'individuo beneficiario del diritto. In altri termini, il legame fra lo Stato e l'individuo non riguarda la *competenza* del primo sul territorio di un altro Stato, quanto la dimensione relazionale verticale esistente fra individuo e Stato.

Preme specificare che il concetto di giurisdizione e quello di imputazione tendono ad essere confusi in materia di diritti umani⁶⁴. Taluni sovrappongono, infatti, i due piani. Ebbene, la questione dell'attribuzione di un certo comportamento ad uno Stato non può che essere separata da quella dell'accertamento della giurisdizione. Il primo approccio tende infatti ad equiparare i due livelli, ritenendo soddisfatto il criterio di giurisdizione nell'avere, l'atto o l'omissione dello Stato, inciso direttamente sui diritti di un singolo.

Tuttavia, l'accertamento dell'estensione degli obblighi cui è obbligato lo Stato, al fine di valutare se il soggetto leso si trovasse nella sua giurisdizione non può che essere *indipendente* dall'accertamento della responsabilità dello Stato, in quanto valutazioni funzionali a due diverse questioni: 1) se lo Stato era dotato di un obbligo ai sensi del diritto internazionale e 2) se lo Stato ha violato tale obbligo. Le due ipotesi vanno quindi accertate indipendentemente.

⁶² Si tratta in ogni caso di un concetto autonomo, vedi sul punto BESSON, cit. Secondo la prima autrice la giurisdizione in materia di diritti umani corrisponderebbe alla *domestic jurisdiction*, mentre la *jurisdiction* intesa ai sensi del diritto internazionale non riguarderebbe il contenuto o la sostanza delle potestà statali, quanto la sola funzione delimitatrice dell'estensione dell'esercizio della giurisdizione. Secondo ORAKELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 240 ss., si tratterebbe di una "*remedial*" jurisdiction, contrapposta alla tradizionale *substantial jurisdiction* ai sensi del diritto internazionale. In particolare rispetto alla nozione utilizzata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, vedi DE SENA, *The Notion Of "Contracting Parties' Jurisdiction" Under Article 1 Of The Echr: Some Marginal Remarks On Nigro's Paper*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 75 ss e, diffusamente, DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

⁶³ Vedi fra gli altri Human Rights Committee, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Communication No.56/79, CCPR/C/13/D/56/1979.

⁶⁴ Vedi O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on "Life after Bankovic"*, in COOMANS AND KAMMINGA, cit. p. 125; MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011, p. 55; DE SCHUTTER, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006 p. 192.

Da un punto di vista teorico, v'è da chiedersi se l'una preceda l'altra. Secondo alcuni autori⁶⁵ è necessario individuare preventivamente quali siano e se vi siano, obblighi a carico degli Stati; in assenza di giurisdizione non vi sono evidentemente diritti umani (restiamo in ambito pattizio) violati. Altri autori⁶⁶ ritengono invece che solo quando è stato preventivamente accertato che una certa condotta è attribuibile allo Stato, si potrà valutare la portata degli obblighi dello Stato e dunque, contestualmente, la potenziale violazione degli stessi. Che si voglia accedere all'una o all'altra ipotesi⁶⁷, è importante che le due questioni vengano mantenute separate, considerato che la commissione dell'atto in sé non soddisfa gli elementi essenziali della giurisdizione per come visti supra.

E' vero, tuttavia, nella pratica che le due questioni tendono a sovrapporsi, considerato che il criterio del controllo effettivo è utilizzato sia per valutare l'imputabilità della condotta dell'individuo allo Stato, che per valutare l'esercizio dell'autorità dello Stato nel suo complesso. Ed in effetti, considerato che ad agire per conto dello Stato è sempre un individuo, è verosimile che il criterio utilizzato per l'una o l'altra questione soddisfi contemporaneamente entrambi i criteri. Accade spesso, infatti che l'accertamento vada condotto contestualmente *ex post* per definire la situazione giuridica che viene a delinearsi, ma questo non deve lasciar offuscare la differenza fra i due livelli⁶⁸.

Sia l'HRC che le Corti regionali si sono ampiamente interrogate sui requisiti necessari per valutare la giurisdizione di uno Stato sul territorio altrui. In termini generali, per giurisdizione si intende l'autorità dello Stato necessaria al mantenimento ed alla tutela dei diritti umani⁶⁹. Una serie di perplessità permangono in merito al contenuto che tale autorità debba presentare per giustificare un'estensione extraterritoriale degli obblighi; non può, tuttavia, trattarsi di un legame generico.

E' necessario, a questo punto, verificare quali siano gli elementi costitutivi di tale nozione. La questione non è di poco conto: da un'attività che ha rilevanza *de facto* sorge una responsabilità *de jure* indipendentemente da un esercizio legittimo della

⁶⁵ BESSON cit. p. 854, MILANOVIC, cit. est.

⁶⁶ FOCARELLI, cit. p. 130. Vedi anche in questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Ilascu v. Moldavia and Russia*, Judgment 8 Luglio 2004, (Rep. 2004-VII)

⁶⁷ Nel caso di organi *de facto*, sembrerebbe utile accedere alla seconda ipotesi, chè l' accertamento della giurisdizione di uno Stato a poco serve se il legame fra questi non supera la soglia richiesta dall'art. 8. Nel caso, invece, di un'occupazione militare o di agenti di Stato, la prima ipotesi potrebbe essere utile per accertare se lo Stato abbia esercitato autorità e controllo sul territorio altrui.

⁶⁸ FOCARELLI, cit.; BESSON, cit. p. 873

⁶⁹ Cfr. FOCARELLI, cit. p. 145.

giurisdizione intesa ai sensi del diritto internazionale. Una simile considerazione dà, evidentemente, la misura della necessità di individuare dei criteri che possano *normativamente* incidere su tale qualificazione⁷⁰. *In primis*, non sarà sufficiente una mera attività incidentale. E' necessario, infatti, che l'autorità esercitata *de facto* ricalchi quella normalmente esercitata dall'ente sovrano.

Volendo cercare di estrapolare quanto elaborato dalle Corti Internazionali sul punto, ed in particolare dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁷¹, può affermarsi che gli elementi costitutivi della giurisdizione si riducono a: potere effettivo, *overall control* e *normative guidance*⁷². L'autorità dello Stato dovrà, in altri termini essere esercitata *effettivamente*, non meramente vantata. Quest'ultima dovrà, inoltre, incidere su un ampio margine di questioni, non essere relegata ad una singola materia, ma riguardare, piuttosto, la generalità delle attività svolte sull'area di interesse. Da ultimo, essa dovrà essere esercitata in maniera tale da non ridursi a mera coercizione. L'azione intrapresa dallo Stato dovrà infatti essere esercitata, secondo una felice espressione, in *a normative fashion*, in maniera da fornire una *giustificazione* per l'esercizio della giurisdizione, indipendentemente dalla legittimità di cui essa sia dotata ai sensi del diritto internazionale⁷³. Lo stesso requisito della giurisdizione sembra estendersi, *mutatis mutandis* agli obblighi in materia di ambiente. La maggior parte degli strumenti che si occupano di principio di prevenzione e *transboundary harm* ricorrono alla nozione di giurisdizione per delimitarne l'ambito applicativo⁷⁴.

Una volta verificati brevemente i requisiti per valutare l'inverarsi della giurisdizione di uno Stato sul territorio di un altro, sembra utile esaminare le basi di giurisdizione *diverse* da quella territoriale *interna*.

Possono distinguersi quattro ipotesi: 1) occupazione territoriale – indipendentemente se legittima, ad esempio, su invito, o illegittima – da parte delle autorità nazionali, quali conseguenza di un'azione militare; 2) attività che coinvolgono agenti diplomatici o

⁷⁰ DE HEIJNER, cit. *passim*.

⁷¹ Per una disamina completa della giurisprudenza della Corte relativa alla nozione di giurisdizione vedi ampiamente DE SCHUTTER, *International*, cit. *passim*.

⁷² Quest'ultimo requisito, che a noi pare rilevante, non viene da tutti annoverato fra gli elementi costitutivi della giurisdizione, sul punto BESSON, cit. p. 871 ss. RAZ, *Ethics in the Public Domain; Essays in the Morality of Law and Politics*, 1995, p. 215. In particolare secondo la prima autrice, la dimensione normativa andrebbe valutata «*by reference to the imposition of reasons for action on its subjects and the corresponding appeal for compliance (e.g., through giving instructions)*»

⁷³ Così BESSON, cit. p. 874 ss.

⁷⁴ Vedi in questo senso il principio n. 2 della Dichiarazione di Stoccolma e n. 21 della Dichiarazione di Rio.

consolari all'estero; 3) autorità esercitata da agenti di Stato su aerei, navi o edifici; 4) attività poste in essere da agenti di Stato su invito o consenso dello Stato ospite⁷⁵.

Gli ultimi tre casi, in particolare, vengono qualificati da alcuni autori come ipotesi di giurisdizione *personale*, per distinguerli dalle ipotesi intimamente legate all'elemento territoriale. Va specificato, tuttavia, che le due dimensioni sono complementari e che, in definitiva, si tratta comunque di un concetto di natura prettamente funzionale.

Ai nostri fini, in particolare, l'ultima ipotesi risulta particolarmente interessante. I contratti di Stato che veicolano le operazioni di *land grabbing* pongono in essere una vera e propria dismissione territoriale. Quando la controparte negoziale sia una società di Stato, e nel caso in cui siano integrati i requisiti che vedremo, sembra possibile ipotizzare che lo Stato d'origine si trovi ad esercitare giurisdizione su quella porzione di territorio, e sia quindi legato agli obblighi *positivi* e *negativi* in materia di diritti umani enucleati negli strumenti pattizi di cui esso è parte. Ed in effetti, la dimensione temporale dell'investimento (novantanove anni rinnovabili in molti casi), l'ampiezza e la discrezionalità dei diritti riconosciuti in capo agli investitori (che si estendono a tipici poteri pubblici di polizia sull'area di investimento) ai sensi dei termini contrattuali, lasciano propendere per l'ipotesi che, previa una concreta verifica fattuale dell'implementazione del progetto d'investimento, gli elementi costitutivi della giurisdizione più sopra visti possano dirsi integrati.

Il fatto che si tratti di un contratto di investimento regolato, in via generale, da una legge applicabile interna non deve far propendere per la soluzione opposta. Come abbiamo avuto modo di verificare, il fatto che si tratti di rapporti scaturenti da una relazione giuridica contrattuale e, dunque, regolata in via generale dalle norme di diritto interno applicabili, non incide sulla qualificazione che il diritto internazionale può effettuare della situazione di fatto generata dall'esecuzione delle clausole negoziali; una medesima fattispecie può, infatti, essere regolata da due o più ordinamenti diversi⁷⁶. D'altronde, rimangono fermi gli obblighi dello Stato ospite. Non possiamo infatti, dirci di fronte ad un'ipotesi di inabilità dello Stato ad esercitare autorità sul proprio territorio, ipotesi che consentirebbe di scindere il territorio dalla giurisdizione. Ci troviamo,

⁷⁵ Vedi in proposito *Al Skeini* cit., par. 135: «*Secondly, the Court has recognized the exercise of extraterritorial jurisdiction by a Contracting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government*».

⁷⁶ Sul punto estensivamente cap. I del presente lavoro.

piuttosto, di fronte ad un'ipotesi di *shared jurisdiction*⁷⁷, considerato che lo Stato ha *volontariamente* trasferito alcuni poteri alla società di Stato, con le conseguenze che vedremo.

Ora, come già accennato, lo Stato veicola la sua partecipazione nel libero movimento di beni o capitali tramite specifiche costruzioni giuridiche, come le società di stato⁷⁸, che possono, come non, risolversi nel potere sovrano di esso. Si pone quindi il problema del trattamento giuridico cui sottoporre questi investitori sovrani.

La questione si manifesta nella sua complessità, se si considera la capacità di questi soggetti di investire al di fuori dei confini nazionali, proiettando altrove il potere economico dello Stato; d'altra parte il sistema d'integrazione libera gli attori economici, *tutti*, dai vincoli del territorio. Lo Stato si trova, quindi, ad esercitare sovranità al di fuori del proprio ontologico limite spaziale. La difficoltà sta nel capire se essi debbano essere trattati alla stregua di investitori privati o, piuttosto, come *strumenti* dello Stato⁷⁹

Gli attori privati che agiscono nel territorio di uno Stato sono, infatti, soggetti alla sua regolamentazione ed al controllo sovrano che esso esercita. Si pone quindi il problema di capire se gli investitori sovrani siano anch'essi sottoposti al medesimo trattamento, o se, in virtù della loro particolare natura, godano di una sorta di immunità dalla "regolamentazione" dello Stato di destinazione.

L'investimento sovrano si colloca in una zona d'intersezione fra diritto pubblico e privato. Da un lato, infatti, l'attività delle società di Stato può essere intesa come uno strumento attraverso il quale lo Stato investe la propria riserva economica per fini pubblici. Se se ne accoglie tale funzione, esse possono considerarsi legittima espressione della sovranità dello Stato; le loro operazioni si fondano, quindi, sui requisiti normativi e sugli obiettivi di *public policy* dello Stato investitore, il loro utilizzo rimane dunque strettamente legato al programma politico di tali Stati. Nel caso in cui, invece, l'attività economica dello Stato tramite l'operato delle imprese pubbliche si traduca nel solo interesse di massimizzazione del valore d'investimento o di profitto della società stessa, senza un evidente riscontro in termini di finalità generali perseguite,

⁷⁷ Vedi sul punto estensivamente DE SCHUTTER, ult. cit., p. 193 ss.

⁷⁸ Per investitori sovrani si vogliono qui intendere i fondi sovrani d'investimento e le società di Stato. Sebbene entrambi coinvolgano questioni di simile natura, non è possibile ignorarne la differenza strutturale, che evidentemente si ripercuote sul trattamento giuridico qui brevemente delineato; la nostra analisi sarà quindi limitata alle società di stato. Sulle differenze fra fondi sovrani d'investimento e società di Stato, vedi estensivamente BASSEN, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, New York, 2011.

⁷⁹ Sul punto, estensivamente BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis*, cit. p. 98.

queste possono essere intese quali veicoli d'investimento privato, seppur a partecipazione pubblica.

L'agire economico degli Stati nel contesto della globalizzazione economico - finanziaria solleva serie perplessità in merito alle istanze di sicurezza nazionale dello Stato recipiente. La tendenza dell'utilizzo della ricchezza pubblica per intervenire sul mercato finanziario di altri Stati e l'incidenza dell'operato delle imprese pubbliche nell'economia interna di un dato Paese di destinazione può infatti determinare un rischio per l'integrità ed il potere sovrano di quest'ultimo⁸⁰, a causa della proiezione del potere statale di uno Stato sul territorio dell' altro.

Le difficoltà di regolamentazione riscontrate sono, peraltro, determinate dall'inversione della tradizionale gerarchia, secondo la quale le entità economiche sono subordinate allo Stato ed esso rimane l'unico soggetto detentore del controllo sulle attività da esse svolte sul proprio territorio. Applicare lo stesso schema gerarchico risulta estremamente complesso quando ad operare all'interno dei suoi confini sia un altro soggetto statale.

Nell'ottica della sopra rilevata dimensione pubblicistica degli investimenti in larga scala sulle terre, particolare rilevanza assume, quindi, l'analisi dell'attività svolta dalle Società di Stato e delle relative implicazioni sul regime di responsabilità internazionale degli Stati, proprio con riferimento al dibattito sull'estensione extraterritoriale degli obblighi che gravano sullo Stato d'origine dell'investimento in materia di diritti umani.

A tal proposito preme una considerazione di natura preliminare: la definizione che può darsi di Società di Stato (d'ora in avanti SOE) non è univoca, né tantomeno esaustiva. Ai fini della presente trattazione, riteniamo utile servirci della definizione fornita dalle linee guida OCSE secondo le quali imprese di Stato sono «*commercial enterprises under central government ownership and federal ownership*» and with the State enjoying 'significant control, through full, majority or significant minority ownership»⁸¹. La definizione piuttosto ampia non consente, comunque, di raggruppare tali imprese in una categoria omogenea, né di poterne assimilare pienamente il trattamento giuridico. Stessa considerazione vale per la responsabilità che esse attraggono tramite il loro operare, e che andrà, evidentemente, accertata caso per caso.

Sebbene le Società di Stato siano enti separati che perseguono solitamente fini commerciali, la loro natura mista pubblico-privata consente di riflettere sull'

⁸⁰ ROZANOV, *Who Holds the Wealth of Nations*, cit. p. 54.

⁸¹ OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, 2005, p. 11

attribuibilità dell'operato delle SOEs allo Stato. Come detto, non può trattarsi di un'assimilazione immediata, molto dipende dall'ingerenza dello Stato nei meccanismi decisionali della società e nei fini che essa persegue.

La personalità giuridica di una società, infatti, è diversa da quella dei suoi soci; il controllo decisionale, ad esempio, è attribuito di solito ad un Consiglio di Amministrazione, per cui la sola partecipazione statale non implica *tout-court* la responsabilità statale per una eventuale violazione commessa.

D'altro canto, essa non può essere neanche esclusa. È infatti possibile che in determinate circostanze possa configurarsi tale ipotesi. Andrà quindi, di volta in volta, vagliata l'ingerenza dello Stato nelle attività della società: lo Stato potrebbe essere in una posizione societaria di maggioranza che gli consente di eleggere il CdA in maniera del tutto autonoma, indipendentemente dalle preferenze degli altri soci. Allo stesso modo, un segnale di più intensa ingerenza statale, potrebbe essere rappresentato dalla responsabilità che la società di Stato può avere di fronte ad organi statali rappresentativi, quali il Parlamento.

È necessario, poi, individuare a che titolo lo Stato possa essere ritenuto responsabile per l'attività della società di Stato.

In primo luogo, viene in rilievo l'art. 4 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per gli atti internazionalmente illeciti: se la società agisce in qualità di organo dello Stato, il suo comportamento è irrevocabilmente attribuito a quest'ultimo; questa pare comunque un'ipotesi residuale: in mancanza di un'espressa attribuzione legislativa nazionale della qualità di organo, dovrebbe dimostrarsi, tramite una difficile ricostruzione normativa, che la società svolge tale ruolo all'interno dell'ordinamento di riferimento.

Alternativamente, l'art. 5 prevede che, il comportamento di un ente che non possa qualificarsi come organo ai sensi dell'art. 4, è comunque attribuibile allo Stato, quando quest'ultimo abbia consentito alla società di esercitare, seppur parzialmente e temporaneamente, l'autorità governativa, e di superare il mero perseguimento di fini commerciali, per il perseguimento di interessi marcatamente pubblicistici⁸².

⁸² Vedi UN Human Rights Commission, *Nahlik c. Austria*, Communication No. 608/1995 in cui la Commissione ha ritenuto che, nell'ambito di un accordo tra un soggetto privato ed il Consiglio di Assicurazione Sociale, quest'ultimo avrebbe agito come un'istituzione di diritto pubblico, che implementava politiche di natura pubblicistica. Un altro caso estremamente interessante, è rappresentato da *Maffezini v. Spain*, ICSID NO. ARB/97/7 D, 25 Gennaio 2000, in cui l'ICSID ha ritenuto che sussistesse un collegamento sia formale fra la società e lo Stato spagnolo, che, nel caso di specie, funzionale, in quanto la Maffezini aveva posto in essere degli atti di natura pubblica relativi al

Infine, ai sensi dell'art. 8, quando lo Stato esercita un controllo diretto ed effettivo sulle attività poste in essere dalla società, esso può essere considerato responsabile delle violazioni da essa commesse, seppure manchi un riconoscimento formale. In particolare, la responsabilità dello Stato può fondarsi su circostanze di natura fattuale, dalle quali si evince che il controllo è esercitato direttamente *attraverso* la proprietà della società⁸³. In questo caso, andrà valutato quale sia il grado di proprietà richiesto perché si possa parlare di controllo effettivo e dipendenza.

Ad abundantiam, è giusto rilevare che deve trattarsi, naturalmente, di una violazione di norma internazionale commessa dalla società, al fine del possibile configurarsi della responsabilità internazionale dello Stato⁸⁴.

Una volta individuate le ipotesi che consentono un'estensione degli obblighi extraterritoriali degli Stati, sembra utile, a scopo sistematico, individuare se vi siano altre ipotesi di *international obligations* ascrivibili agli Stati diversi da quello di destinazione. Oltre a quanto già esaminato in tema di *State agents*, sembrano, infatti, tre le norme cui grossomodo vanno riconnessi i comportamenti degli Stati nelle situazioni in parola. *In primis*, viene in rilievo l'obbligo *primario* di cooperazione per assicurare il pieno godimento dei diritti previsti dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali; in secondo luogo, viene in rilievo l'obbligo *secondario* di cooperazione derivante da una grave violazione di una norma imperativa di diritto internazionale, secondo lo schema già proposto *supra* ed, infine, vi è l'ipotesi di un obbligo *secondario* derivante dalla complicità dello Stato nell'illecito commesso dallo Stato ospite. Si tratta tuttavia di un'ipotesi residuale, considerata la necessità che lo Stato sia consapevole che l'aiuto o l'assistenza che esso sta fornendo siano utilizzati al fine di commettere l'illecito, necessarie acchè si perfezioni l'illecito.

L'analisi verterà in particolare sull'obbligo *primario* di cooperazione, con specifico riferimento a quanto previsto all'art. 2(1) del Patto sui diritti economici sociali e culturali e delineato dal Comitato ESCR nel relativo commento generale⁸⁵. La norma

rafforzamento dell'industria regionale, attribuibili, secondo il pronunciamento, allo Stato spagnolo. La responsabilità dello Stato era, però, limitata alle sole circostanze in cui la Maffezini aveva perseguito funzioni pubbliche. Da ultimo, vedi ancora European Court of Justice, *Foster v. British Gas Plc.* C 188/89, in cui la Corte ritiene che, in determinate circostanze, gli enti privatizzati "ereditino" determinate obbligazioni statali, relative alle specifiche funzioni svolte da tali società.

⁸³ Così Human Rights Committee, *Hertzberg et al. v. Finland*, Communication No. R.14/61 e *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, *Iran- United States Claims Tribunal*, Award 11 April 1986, in *Claims Tribunal Reports*, 1986, p.224.

⁸⁴ Sul punto PERERA, *Responsibility of the State for Acts of its Subsovereigns in foreign investment disputes*, in DIXIT ET. AL. (eds.), *International Law : Issues and Challenges*, 2011, p. 82 ss.

⁸⁵ UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.1), 27 Maggio 2008, p. 13 ss.

integra un'obbligazione a carattere progressivo⁸⁶, non configurandosi quale obbligo *immediato* dello Stato di garantire i diritti contenuti nel Patto. Essa prevede, infatti, che il dovere degli Stati di adoperarsi alla progressiva realizzazione dei diritti in parola non sia limitata ad azioni intraprese singolarmente; questi, al contrario, dovranno adoperarsi al raggiungimento di tale obiettivo anche attraverso forme di cooperazione internazionale, *notamment sur le plan économique et technique*.

Anche l'obbligo di cooperazione e assistenza internazionale è stato interpretato quale strumento utile ad estendere extraterritorialmente gli obblighi degli Stati in materia di diritti umani⁸⁷. Ai nostri fini, le circostanze di interesse rispetto all'applicazione dell'obbligo in parola sono relative 1) agli investimenti direttamente veicolati dagli Stati d'origine, quale forma di cooperazione economica fra quest'ultimo e lo Stato ospite ed 2) ai comportamenti adottati dagli Stati in seno alle istituzioni finanziarie internazionali che supportano le operazioni di acquisizione in larga scala sulla terra.

Da quanto risulta dai lavori preparatori, non sembra che l'intenzione dei redattori del Patto fosse quella di attribuire agli Stati un obbligo di fornire assistenza o cooperazione ad un livello *specifico predeterminato*⁸⁸. Tuttavia, non pare potersi ritenere che la previsione sia priva di alcun significato giuridico. Partendo, anzi, dal presupposto che la norma in parola integra una obbligazione *complexe et prolongé*, che richiede uno sforzo prolungato di diligenza⁸⁹, può ritenersi che da essa discendano di volta in volta obblighi più specifici, sia di risultato che, appunto di *due diligence*⁹⁰.

⁸⁶ Sul punto vedi DE SENA, *Fondo monetario internazionale, Banca Mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in LIGUSTRO, SACERDOTI (eds.), cit. p. 829; PISILLO MAZZESCHI, *Résponsabilité de l'État*, cit. p. 442.

⁸⁷ Sembra utile specificare che la nozione di cooperazione internazionale è menzionata anche in relazione all'art. 11(1) del Patto, secondo il quale «*States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent*». Altrettanto rilevante è l'art. 23 che specifica quale forma può assumere la cooperazione degli Stati finalizzata alla realizzazione progressiva dei diritti: «*includes such methods as the conclusion of conventions, the adoption of recommendations, the furnishing of technical assistance and the holding of regional meetings and technical meetings for the purpose of consultation and study organized in conjunction with the Governments concerned*».

⁸⁸ Così DE SCHUTTER, cit.; QUINN, *The Nature* cit., p. 183 ss.. In particolare, rispetto ad un eventuale obbligo di mantenere un livello costante di ODA nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, vedi estensivamente COOMANS, *The Extraterritorial*, cit. p. 20 ss.

⁸⁹ Così PISILLO MAZZESCHI, cit. passim. In particolare, l'obbligo è stato interpretato alla luce dell'art. 56 della Carta delle Nazioni Unite, che impone a tutti i membri «*to take joint and separate action in co-operation with the Organisation*», con particolare attenzione alla tutela dei diritti umani.

⁹⁰ Ed è in questo senso che ci pare che il Comitato abbia interpretato la norma, rispetto alle necessità di assistenza di ciascuno Stato, individuabili di volta in volta in base al proprio livello di sviluppo. Vedi in particolare il commento relativo al diritto alla salute, UN Doc. E/C.12/2000/4, para. 39: «*Depending on the availability of resources, States [in particular States in a position to assist developing countries in fulfilling their core and other obligations under the Covenant] should facilitate access to essential health facilities, goods and services in other countries, wherever possible and provide the necessary aid when*

Considerata l'eterogeneità degli obblighi che possono farsi risalire a tale previsione, sembra torni utile la tripartizione già effettuata *supra*, fra gli obblighi di *respect, protect and fulfill*.

Con particolare riferimento al nostro tema, sembra che l'obbligo di rispettare risulti particolarmente rilevante. Esso si sostanzia, infatti, nel divieto per lo Stato "terzo" di compromettere il godimento dei diritti in parola nei confronti di soggetti che si trovino al di fuori del proprio territorio. Proprio in merito a tale profilo, attenta dottrina⁹¹ ha rilevato un margine di contrarietà all'obbligo di cui sopra nelle vaste operazioni d'investimento intraprese dagli Stati terzi, nell'ambito di accordi di partenariato economico o d'investimento per l'acquisizione di vasti appezzamenti di terra trasformate in *export processing zones*⁹², in vista della inaccettabile compressione che essi generano sui diritti sociali economici e culturali degli individui interessati ed, in particolare, sul diritto al cibo, il cui profilo legato all'accesso è da sempre oggetto di indagine proprio rispetto agli obblighi derivanti dall'art. 2(1) del Patto⁹³.

Al di là del controverso ed ancora dubbio obbligo di fornire assistenza agli Stati in Via di Sviluppo da parte degli Stati sviluppati⁹⁴, un profilo interessante potrebbe essere quello legato agli obblighi del *donor State* rispetto all'implementazione di un progetto di cooperazione allo sviluppo in materia agricola. Potrebbe, infatti, ipotizzarsi un obbligo complementare dello Stato donatore rispetto al beneficiario di rispettare e provvedere ai diritti umani delle comunità locali interessate dal progetto.

Sembra utile accennare brevemente a quanto previsto in materia di autodeterminazione all'art. 1(3) del Patto ESCR. La previsione in parola richiede, infatti, che gli Stati parte debbano promuovere la realizzazione del diritto alla autodeterminazione.

Rispetto agli obblighi *positivi* che scaturiscono da tale ipotesi, è difficile individuare in astratto quali possano essere le azioni cui gli Stati sono obbligati per la realizzazione di tale obiettivo, considerata la genericità della previsione e l'ampiezza del principio. In

required». In particolare, l'idea di fondo è che sarebbe necessario cristallizzare l'obbligo di assistenza per gli Stati sviluppati a favore dei PVS che lo richiedono e ne hanno necessità.

⁹¹ COOMANS, cit. p. 21

⁹² E' interessante notare che, nella stessa direzione, nelle *Concluding Observations* al report presentato dal Kenya, il Comitato ha raccomandato che le attività intraprese nell'ambito dell'*Economic Partnership Agreement* con l'Unione Europea, non violino i diritti sociali economici e culturali del popolo keniano.

⁹³ Vedi in particolare SMITH, cit. p. 22 ss.

⁹⁴ In particolare, secondo l'ex Special Rapporteur sul diritto al cibo, Jean Ziegler, l'obbligo degli Stati più ricchi di assistere e facilitare la realizzazione del diritto al cibo, potrebbe ben esaurirsi in una attività di negoziazione attiva da parte di questi Stati per l'approvazione di norme in materia commerciale che siano *human rights oriented*.

questo senso si è ritenuto che l'art. 2(1) in materia di diritti umani possa contribuire, in via strumentale, a fornire un contenuto normativo all'ipotesi di cui all'art. 1(3).

Più interessante risulta l'ipotesi relativa agli obblighi negativi cui gli Stati "terzi" devono conformarsi in rispetto della norma in parola. Relativamente alla dimensione economica del principio, un accordo di cooperazione in materia agricola dalla cui esecuzione derivi un detrimento del *well-being* della popolazione interessata potrà qualificarsi come una violazione da parte dello Stato d'origine della previsione di cui all'art. 1(3). La derivazione negativa dell'obbligo di promozione impone, infatti, allo Stato di *non interferire* nell'esercizio del diritto di autodeterminazione di popolazioni diverse dalla propria⁹⁵.

Come già anticipato, l'obbligazione progressiva prevista dall'art. 2(1) del Patto è suscettibile di essere ulteriormente articolata in obblighi più specifici. Rispetto al profilo più sopra rilevato ed in conformità con gli orientamenti del Comitato ESCR⁹⁶, gli Stati membri di un' Istituzione Finanziaria Internazionale (di qui in poi IFI) devono adoperarsi affinché l'attività di tali organizzazioni contribuisca alla realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali nell'ambito della loro area di attività.

E' da escludere, per quanto già più sopra visto, un obbligo positivo degli Stati di orientare le singole operazioni di investimento delle OO.II in parola all'erogazione di *specifiche* quantità di risorse all'obiettivo di realizzazione dei diritti umani. Tuttavia, è possibile immaginare un obbligo che incida sulle politiche generali delle Istituzioni, legate, in particolare, alle condizionalità⁹⁷. E, d'altronde, non sembra potersi escludere un obbligo di diligenza degli Stati parte, che si integri nel comportamento di questi ultimi volto ad evitare che sia l'azione generale, che le singole operazioni, poste in essere dalle istituzioni generino un detrimento o un arretramento del livello di realizzazione dei diritti previsti dal Patto. E' quindi teoricamente ipotizzabile una responsabilità internazionale degli Stati per la violazione degli obblighi in parola. Secondo attenta dottrina, sarebbe possibile distinguere la viabilità di tale responsabilità in astratto ed in concreto.

Rispetto al primo profilo, una simile ipotesi sembrerebbe assolutamente prospettabile. Relativamente all'adozione delle delibere della Banca Mondiale (approvate a maggioranza assoluta secondo voto ponderato), in particolare, gli Stati si

⁹⁵ SAUL, KINLEY cit., p. 127 ss.

⁹⁶ Vedi e.g. l'Osservazione generale relativa al diritto ad un'alimentazione sufficiente, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 o, ancora, l'Osservazione generale sul diritto all'acqua, UN Doc. E/C.12/GC/19.

⁹⁷ Sul punto DE SENA, ult. op. cit. p. 841.

trovano in una posizione tale da poter incidere affinché esse siano conformi alla realizzazione progressiva dei diritti in parola. Considerato il margine di indirizzo che tali Stati possono imprimere all'azione delle IFI, sembra possibile poter ipotizzare una violazione dell'obbligo di cui all'art. 2(1) se uno Stato parte non si adoperi assolutamente in tal senso.

In *concreto*, nonostante il cambio di rotta di tali istituzioni rispetto ad una maggiore valorizzazione della dimensione legata ai diritti umani interessati dalle operazioni economiche che esse supportano – sulle quali si vedrà *infra* –, rimane qualche perplessità in merito alle azioni intraprese a tale scopo.

In particolare, rispetto alle operazioni legate ai prestiti allo sviluppo, gli interventi della Banca Mondiale che promuovano *positivamente* finalità di protezione sociale sembrano per lo più legate a circostanze di natura eccezionale⁹⁸, orientate piuttosto ad evitare un eccessivo deterioramento delle condizioni esistenti.

Le azioni sono, quindi, orientate ad evitare che venga procurato un *arretramento* del livello di protezione dei diritti sociali, economici e culturali. Verso la stessa conclusione lasciano, d'altronde, propendere altri orientamenti manifestati dalla Banca in favore dei diritti umani; volendo, infatti, esaminare l'opinione espressa dal *General Counsel* Danino nel 2006⁹⁹ o le raccomandazioni espresse sia dall'*Inspection Panel* che dal *Board of Executive Directors* rispetto alla violazione delle *Operational Policies*¹⁰⁰, è facile verificare come esse adottino un approccio *negativo* alla questione. In altri termini, l'orientamento volto ad erogare la compensazione o *evitare* il detrimento di diritti individuali che possano essere danneggiati da un progetto della Banca, manifesta che l'ottica non è, quindi, quella della promozione dei diritti *ex ante*, quanto, piuttosto, quella del *non arretramento ex post* adozione delibera.

Secondo tale ricostruzione, l'obbligo positivo degli Stati in ordine alla realizzazione progressiva dei diritti, seppur astrattamente ipotizzabile, risulterebbe oggi caducato, per lo meno relativamente al sostegno allo sviluppo¹⁰¹. Pieno vigore manterrebbe, al contrario, la controparte negativa del medesimo obbligo, legata al divieto di non arretramento generato dall'attività delle IFI.

⁹⁸ Si pensi alle azioni intraprese nell'ambito della *Global Food Prices Crisis Response Programs*, dell'International Development Association (agenzia della BM) o alle misure contro la crisi finanziaria contenute nel *Development Policy Lending* del 2009.

⁹⁹ Vedi *infra*

¹⁰⁰ Alcune delle *Operational Policies* della Banca si occupano di indirizzare l'operato dell'istituzione in termini sociali. Si pensi alle OPs relative alle strategie di *poverty reduction* o a quelle legate al trasferimento involontario di popolazioni.

¹⁰¹ Secondo DE SENA, si tratterebbe di un processo consuetudinario abrogativo, ult.op.cit. p. 857.

Da ultimo preme effettuare una breve notazione rispetto alla violazione di diritti umani compiuta dalle imprese multinazionali. Sembra utile specificare sul punto che, nonostante la prolifica attività dottrinale¹⁰² e delle organizzazioni internazionali¹⁰³, il rapporto dello Special Rapporteur sui diritti umani e impresa del febbraio 2007¹⁰⁴, esclude che lo Stato d'origine abbia l'obbligo di estendere la propria giurisdizione (questa volta intesa pienamente ai sensi del diritto internazionale) alle imprese operanti all'estero¹⁰⁵. Naturalmente ciò non esclude che il Paese *possa* farlo, senza, tuttavia, oltrepassare i limiti imposti dal divieto di ingerenza. Inoltre, è possibile che lo Stato decida, tramite accordo internazionale, di assumere un simile obbligo¹⁰⁶.

Al di là di tali ipotesi, gli strumenti internazionali in materia sono ascrivibili alla categoria del *soft-law*. In particolare, le linee guida OCSE in materia di MNC's richiedono che gli Stati d'origine istituiscano dei *National Contact Points* che siano in grado di monitorare l'operato delle loro multinazionali all'estero.

¹⁰² Secondo molti autori, infatti, sebbene non sia possibile affermare pienamente l'emergere di un obbligo a carico dello Stato d'origine, gli strumenti internazionali in materia di diritti umani offrono una fruibile base giuridica, conformemente alle ipotesi di extraterritorialità della giurisdizione. Sul punto, estensivamente COOMANS, KÜNNEMAN *Cases and Concepts on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, 2012; vedi anche DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations, background paper to the seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights in Brussels on 3-4 November 2006*. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Report redatto per il seminario organizzato a Bruxelles dall'Alto Commissario per i diritti umani, 2006; MCCORQUODALE, SIMONS, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, in *Modern Law Review*, 2007, p. 608 ss. Recentemente, un gruppo di giuristi riunitosi sotto gli auspici dell'*International Commission of Jurists* presso l'Università di Maastricht, ha redatto ed adottato i *Principi di Maastricht* relativi alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali. Il percorso interpretativo in questione era stato già inaugurato con i Principi di Limburg per l'attuazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1986 (UN Doc./CN.4/1987/17/Annex dell'8 gennaio 1987) e le Linee guida di Maastricht sulle violazioni dei diritti economici, sociali e culturali del 1997 (ripubblicati in UN Doc. E/C.12/2000/13 del 2 ottobre 2000). L'obiettivo dei principi è quello di chiarire la portata degli obblighi internazionali degli Stati al di fuori del loro territorio, con specifico riferimento ai diritti economici, sociali e culturali. Il presupposto, coadiuvato nel preambolo del documento, è che l'avvento della globalizzazione economica impone che gli Stati e gli altri attori della scena internazionali si attivino per la piena realizzazione dei diritti in oggetto, costantemente coinvolti nelle operazioni economiche extraterritoriali favorite dall'integrazione economica. Sul punto DE SCHUTTER, EIDE, KHALFAN, ORELLANA, SALOMON, SEIDERMAN, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, p. 1084.

¹⁰³ Si pensi alle già citate Linee Guida dell'OCSE o alle azioni intraprese nell'ambito dello UN Global Compact, per una estesa ricostruzione cfr. BONFANTI, cit. *passim*.

¹⁰⁴ SRSG *Business and Human Rights: Towards operationalizing the 'protect, respect and remedy framework'*, par. 15.

¹⁰⁵ Sembra utile specificare che questo ragionamento vale con l'esclusione delle ipotesi di commercio militarizzato, che possono, a certe condizioni, essere assimilate alle ipotesi di *effective control*. BONFANTI, cit. p. 121.

¹⁰⁶ E' il caso dell'European Partnership Agreement siglato dall'UE con il Marocco.

L'aspetto più interessante riguarda la possibilità che i *National Contact Points* possano accogliere *complaint* relativi a qualsiasi questione possa sorgere relativamente all'attività delle imprese multinazionali sullo Stato Ospite. In questo senso sono da salutare positivamente i casi in cui i NCPs siano stati in grado di accertare una violazione delle Linee Guida e degli standard in materia di diritti umani da esse integrati. Tuttavia le raccomandazioni adottate dai NCPs non sono vincolanti. Inoltre, nell'ipotesi di *non-compliance* da parte dell'impresa, i NCPs potranno limitarsi ad un *Follow-Up Report*, senza tuttavia poter obbligare le MNCs a conformarsi.

Vale la pena, tuttavia, anche in vista della giurisprudenza statunitense ed europea in materia, dare atto che la continua evoluzione in materia potrebbe condurre a risultati più soddisfacenti in termini di *hard law*.

7. Dopo aver delineato i regimi di responsabilità relativi agli enti sovrani coinvolti nel fenomeno, sembra utile, a fini di completezza offrire una breve panoramica del potenziale emergere di comportamenti illeciti da parte di asoggetti non statali.

L'allargamento della sfera soggettiva della comunità internazionale – con il riconoscimento della personalità alle organizzazioni internazionali – ha determinato, di riflesso, un'estensione della responsabilità internazionale alle medesime¹⁰⁷. D'altronde, la *capacità* che ad esse pertiene di modificare ed integrare l'ordinamento giuridico internazionale, non può che essere intimamente riconnessa alle conseguenze di un'eventuale violazione commessa da tali soggetti¹⁰⁸.

Tuttavia, la capacità di tali organizzazioni dipende essenzialmente dalle “*rules of organizations*”. In altri termini, conformemente a quanto era già stato rilevato rispetto alla Convenzione di Vienna sui Trattati fra Stati e Organizzazioni Internazionali del 1986, le OO.II non godono di una capacità estesa tanto quella degli Stati¹⁰⁹.

Nulla toglie, tuttavia, che nei limiti della sua propria personalità internazionale, un'organizzazione possa incorrere in responsabilità internazionale per avere commesso un illecito. Il comportamento dello Stato parte verrà considerato altrettanto lesivo,

¹⁰⁷ Sul punto vedi CANCADO TRINDADE, *Some Reflections on Basic Issues Concerning the Responsibility of International Organizations*, in RAGAZZI (ed.), *The Law of the International Responsibility of the International Organizations, Studies in Honour of Ian Brownlie*, Cambridge, 2014, p. 4 ss.

¹⁰⁸ Così CRAWFORD, *Brownlie's Principles*, cit. p. 433 ss.

¹⁰⁹ A/CONF. 129/15.

nell'ipotesi in cui esso risulti coautore dello stesso¹¹⁰. La responsabilità dell'uno e dell'altro, pur potendo essere concorrente, riguarderà due *diversi ed indipendenti* centri di imputazione.

La questione della responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali è stata inserita nell'agenda della Commissione di Diritto Internazionale nel 2002 ed è stata oggetto di otto Report elaborati dal Relatore Speciale Giorgio Gaja. Il lavoro della Commissione è refluito in un progetto di articoli definitivamente approvato dalla CDI in seconda lettura nel 2011¹¹¹. Il progetto, le cui norme sono per la maggior parte manifestazione di sviluppo progressivo del diritto internazionale in materia¹¹², coadiuva una disciplina giuridica organica, tesa a definire sistematicamente la questione della responsabilità internazionale di tali soggetti.

L'approccio scientifico-metodologico alla questione ricalca, a grandi linee, quello relativo alla responsabilità internazionale degli Stati¹¹³. La Commissione aveva, infatti, specificato che, *mutatis mutandis*¹¹⁴, il modello già seguito per il Draft Articles del 2001 sarebbe stato esteso (sia in termini di cornice giuridica che di redazione) anche alla materia in oggetto, se l'applicazione dei principi già elaborati in merito agli Stati avesse condotto al medesimo risultato, rispetto alle OO.II.

Non è quindi un caso che l'art. 4 «*Elements of an internationally wrongful act of an international organization*», riprenda esattamente quanto previsto all'art. 2 del Draft Articles del 2001.

L'Organizzazione commetterà, quindi, un illecito quando il suo comportamento costituirà una violazione di un *obbligo internazionale dell'organizzazione*.

Ai nostri fini, è quindi necessario domandarsi *in primis*, quali siano le norme internazionali che le OO.II. devono rispettare rispetto al fenomeno delle acquisizioni della terra in larga scala, per poi valutare potenziali profili di responsabilità derivanti da una eventuale violazione. Considerata la materia della quale ci stiamo occupando e il ruolo svolto da queste nel fenomeno, sembra utile concentrarsi sulle International

¹¹⁰ Sul punto vedi supra quanto già evidenziato rispetto agli obblighi degli Stati parte di una IFI.

¹¹¹ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* 2011, Report of the ILC on the Work of its Sixty-third Session, A/66/10 Supp. No. 10.

¹¹² Per un'ampia panoramica delle difficoltà legate a tali fattispecie di responsabilità, in particolare relativamente al rapporto rispetto ad un illecito statale ved est. RAGAZZI, cit., *passim*.

¹¹³ GAJA, *First Report on Responsibility of International Organizations* (A/CN.4/532)

¹¹⁴ Sulla gradazione dell'approccio del criterio *mutatis mutandis*, vedi SCOVAZZI in RAGAZZI (ed.) p. 121 ss. Secondo l'autore, l'utilizzo dell'approccio *mutatis mutandis* è ispirato più a desiderio di completezza sistematica che ad un'analisi della prassi relativa alle organizzazioni internazionali.

Financial Institutions (IFI), ed in particolare la Banca Mondiale, con i suoi bracci finanziari, MIGA e IFC.

Come abbiamo avuto modo di verificare, infatti, la Banca Mondiale ha manifestato una certa propensione rispetto a tali operazioni d'investimento¹¹⁵. Il rapporto distribuito dall'Organizzazione, pur individuando i potenziali effetti negativi di tali acquisizioni ed una serie di principi utili per correggere le difficoltà legate alla gestione dei titoli sulla terra, non indica come essi dovrebbero *in pratica* operare in tali contesti¹¹⁶.

V'è dunque da chiedersi se le *policy* adottate dalla Banca e il supporto finanziario che essa ha provveduto a fornire per i progetti di acquisizione della terra in larga scala possano sollevare un profilo di responsabilità dell'organizzazione rispetto alle violazioni occorse alle vittime di *land grabbing*.

Da quanto finora analizzato, è stato possibile osservare che gli investimenti ascrivibili al fenomeno della corsa alle terre hanno generato serie ricadute sul godimento dei diritti umani delle comunità locali coinvolte. Il problema è, quindi, capire se le IFI siano obbligate al rispetto delle norme in materia di diritti umani relativamente alla loro area di attività¹¹⁷.

Com'è noto, infatti, le organizzazioni internazionali, in quanto soggetti di diritto internazionale, hanno l'obbligo di conformarsi alle norme di diritto internazionale generale (ed a maggior ragione quelle imperative), comprese le norme in materia di diritti umani che abbiano raggiunto tale *status*¹¹⁸. La locuzione "*international obligations*" di cui all'art. 4 del Progetto si riferisce, infatti a qualsiasi obbligo internazionale, indipendentemente dalla provenienza. E' pur vero tuttavia, il medesimo ragionamento non può estendersi alle norme contenute nei trattati in materia ed, in particolare, nel Patto sui diritti economici sociali e culturali, in quanto estranei alla sfera delle norme cui la Banca è vincolata.

Ora, com'è noto, le disposizioni statutarie della Banca non operano alcun riferimento specifico ad eventuali obblighi assunti da essa in materia di diritti umani. Un unico indizio in senso propositivo e promozionale può forse ricondursi al *commitment* della Banca *to eradicate poverty and increase living standards* presente in numerose *policies*.

¹¹⁵ Sul punto cap. II del presente lavoro.

¹¹⁶ Sul punto est. SEATZU, *On the Roles*, cit.

¹¹⁷ Sul punto vedi est. DE SENA, cit.; BRADLOW, *The World Bank, the IMF and Human Rights in Transnational Law and Contemporary Issues*, 1996, p. 47 ss; SKOGLY, cit. p. 86 ss.

¹¹⁸ Si pensi al diritto ad essere libero dalla fame.

E' chiaro, però, che non sembra potersi trattare di un obbligo effettivo ed azionabile, quanto piuttosto di un'aspirazione.

Ed in effetti, fino ad epoca più recente, l'approccio della Banca sembrava piuttosto restrittivo in materia. L'interpretazione autoritativa era, infatti, che gli *Articles of Agreement* della Banca circoscrivessero significativamente la possibilità che l'organizzazione potesse effettuare considerazioni legate ai diritti umani nell'implementare la sua attività¹¹⁹. In particolare, il WB Management nel caso *Chad Pipelines*¹²⁰, la Banca ha ritenuto che, considerato che gli articoli circoscrivono la competenza della Banca a questioni di natura prettamente economica, i diritti umani potranno avere rilevanza per il funzionamento delle attività della WB solo nel caso in cui essi possano spiegare un *significativo e diretto* effetto economico sul progetto. Tuttavia, in vista di quanto già anticipato, va evidenziato che le organizzazioni internazionali sono *integralmente* inserite nel tessuto ordinamentale del diritto internazionale. Queste non rappresentano, infatti, sistemi avulsi ed indipendenti. Il sistema giuridico internazionale è parte integrante dell'ordine normativo proprio dell'organizzazione. Per cui, sebbene le IFI non abbiano un mandato specifico diretto alla promozione e tutela dei diritti umani, questi ultimi non potranno essere relegati ad un mero fattore di calcolo economico costi-benefici, sulla base del generico divieto di *political interferences*.

Ed in effetti, lo stesso *Inspection Panel* ha avuto modo di esprimersi in maniera meno rigida sul punto, specificando, in opposizione a quanto sostenuto dal Board della Banca nel caso Chad, che le questioni legate ai diritti umani hanno rilevanza non solo quando incidono economicamente sul progetto¹²¹, ma anche quando queste impediscano l'implementazione del Progetto in maniera conforme alle *policy* della Banca¹²². Queste ultime, in particolare, tendono a porre l'accento su questioni strettamente legate alla tutela dei diritti umani, pur non riferendosi *esplicitamente* agli standard imposti dagli strumenti internazionali di riferimento.

¹¹⁹ Vedi in proposito SHIHATA, *Legal Memorandum of the General Counsel*, 21 Dicembre 1990

¹²⁰ The Inspection Panel, *Report and Recommendation on Request for Inspection Chad Development and Pipeline Project*, Loan n. 4558 – CD, 21 Agosto 2001.

¹²¹ Sarebbe interessante, peraltro, approfondire il requisito dell'impatto economico richiesto per la rilevanza dei diritti umani nell'area di attività della Banca.

¹²² Sul punto KINGSBURY, *Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: the World Bank and Indigenous People*, in TALMON (ed.) cit. , p. 323 ss.

Le *policies* applicabili al “*design appraisal and/or implementation of the Bank operation, funded in whole or part by the Bank’s loans or grants*” andranno interpretate in un contesto più ampio rispetto al mero sistema interno dell’organizzazione¹²³.

Sulla medesima linea sembra porsi il *General Counsel* del 2006¹²⁴, che in una recente opinione resa in argomento, ha sottolineato che gli *Articles of Agreement* consentono ed, in alcuni casi, impongono che la Banca dia rilevanza alla dimensione dei diritti umani nell’implementare le sue politiche e attività di sviluppo. La Banca si dice, infatti, in grado di poter cooperare con gli Stati per la piena realizzazione dei diritti umani. Tuttavia, neanche da quanto sottolineato da Danino nell’opinione in parola – pur manifestando un cambio di rotta di segno nettamente contrario al precedente – ci sembra di poter estrapolare degli obblighi specifici posti direttamente a carico della Banca¹²⁵. L’unico obbligo specifico ascrivibile alla Banca sembrerebbe, tuttora, quello di tenere in considerazione (*taking into consideration*) eventuali violazioni dei diritti umani quando essi generino un impatto economico rispetto al progetto implementato dall’istituzione.

Seppure quindi, a livello di raccomandazioni e di orientamenti, la stessa Banca Mondiale sembra propendere per un ruolo più ampio dei diritti umani rispetto a quello cui essi erano precedentemente relegati, resta ancora qualche dubbio rispetto all’esatta portata degli obblighi ad essa direttamente pertinenti in materia di diritti umani.

Sembra, tuttavia, di potersi affermare con una certa serenità¹²⁶, che la Banca ha l’obbligo di non rendersi complice delle violazioni commesse dagli Stati che usufruiscono del suo supporto¹²⁷.

Di conseguenza, la Banca sarà obbligata al rispetto di quelle previsioni già assunte al rango di norma consuetudinaria – fra le quali, ad esempio, l’art. 25 della Dichiarazione sui diritti dell’uomo –, che concorreranno a fondare la responsabilità dell’istituzione nel caso di una loro violazione. Specularmente, secondo quanto rilevato da attenta dottrina, il Patto sui diritti economici sociali e culturali andrebbe utilizzato quale parametro per accertare gli obblighi della Banca, considerata la forza interpretativa che esso garantisce, rispetto all’insieme dei diritti sociali economici e culturali¹²⁸.

¹²³ SEATZU, cit., p. 492.

¹²⁴ Sul quale *supra*.

¹²⁵ Dello stesso avviso DE SENA, cit.; BRADLOW, cit. *passim*.

¹²⁶ SEATZU, cit. p. 492.

¹²⁷ Una simile conclusione è stata accolta anche dal CAO, l’organo di controllo dell’IFC. *IFC Compliance Advisory Ombudsman, Final Report 36*, Aprile 2003.

¹²⁸ COOMANS, *Application*, cit. p. 369 ss.

Assecondando tale approccio, in altri termini, gli strumenti internazionali in materia di diritti umani andrebbero utilizzati quali standard interpretativi fondamentali «*in the elaboration, interpretation and application of the operational policies*»¹²⁹, rispetto a quanto già specificato sopra. Estremamente rilevante nel nostro caso risulta, ad esempio, l' *Operational Policy* in materia di popoli indigeni e di trasferimento involontario di popolazioni.

Rispetto, invece, ai diritti contenuti nel Patto, considerando questa volta il loro valore prettamente *prescrittivo*, essi non potranno, evidentemente, considerarsi *immediatamente* applicabili alle Organizzazioni Internazionali. Vi è tuttavia, come vedremo, un'ipotesi di attribuibilità che potrebbe renderle altrettanto responsabili.

Avendo, quindi, identificato a grandi linee le norme in materia di diritti umani cui tali soggetti sono obbligati, sembra utile chiedersi quali siano le ipotesi di attribuibilità alle organizzazioni di comportamenti atti ad integrare una lesione dei diritti umani in parola.

Sembra utile accedere, per comodità espositiva, alle ipotesi previste dal progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, che prevedono varie forme commissive ed omissive di illecito.

Al di là delle violazioni *direttamente* commesse dalle organizzazioni internazionali, rispetto agli obblighi ad esse ascrivibili, il capitolo quarto riguarda le ipotesi di responsabilità in connessione con un atto di uno Stato o di un'altra organizzazione internazionale. Nel caso in cui si tratti della violazione di una norma consuetudinaria, a condizione che tutti i requisiti siano integrati, ci pare di poter affermare che sarà applicata l'intera gamma di ipotesi previste dal Draft Articles del 2011: aiuto e assistenza (art. 14), direzione e controllo (art. 15) e coercizione (art. 16)¹³⁰.

Riteniamo, al contrario, che, nel caso in cui si discuta della violazione di un obbligo pattizio da parte dello Stato, le prime due ipotesi non potranno venire in rilievo. Entrambe le disposizioni prevedono, infatti, oltre al requisito che l'organizzazione debba essere a conoscenza delle circostanze dell'atto, che *the act would be internationally wrongful if committed by that organization*, condizione non ravvisabile nel caso in cui si tratti di un obbligo pattizio non vincolante per l'organizzazione.

¹²⁹ SEATZU p. 493.

¹³⁰ Per un' analisi relativa alle difficoltà applicative di ciascuna fattispecie vedi est. i contributi contenuti in RAGAZZI (ed.).

Ci sembra, invece, che l'ipotesi della coercizione di cui all'art. 16 rimanga rilevante, in particolare rispetto a quelle ipotesi di "condizionalità strutturali"¹³¹, che impongono agli Stati beneficiari dei comportamenti ben precisi, tali da escludere alcun margine di discrezionalità. La previsione in parola non richiede infatti un'identità di obblighi fra i due soggetti.

Volendo ribadire la difficoltà già in precedenza accennata, relativa all'ipotesi che la lesione dei diritti umani in parola possa discendere *direttamente* dal contegno dell'organizzazione, sembra utile, anche in rispetto ad un criterio di ricorrenza pratica, fare riferimento all'ipotesi di responsabilità dell'organizzazione, quando essa non sia stata in grado di assicurare che i progetti da essa finanziati non compromettessero gli obblighi in materia di diritti umani degli Stati beneficiari. In tal caso, v'è da chiedersi quali siano i potenziali strumenti che consentano alle vittime di *land grabbing* di vantare la responsabilità delle istituzioni in parola. Sia la Banca Mondiale che l'IFC prevedono, infatti, dei meccanismi di *accountability* cui possono accedere i soggetti privati e che ricalca, ideologicamente, i meccanismi istituiti dai Protocolli in materia di diritti umani. Il meccanismo introdotto in seno alla BM, l'Inspection Panel¹³², consente a coloro che hanno sofferto o rischiano un danno materiale o sostanziale derivante dall'implementazione di un programma o di un progetto o di un'operazione supportata dalla Banca possono chiedere che il Panel conduca un'investigazione. Il ricorso deve avere ad oggetto, in linea di massima, atti o omissioni della Banca.

Tuttavia l'investigazione del Panel può anche avere ad oggetto l'ipotesi di cui sopra, ossia casi in cui la Banca non sia stata in grado di supervisionare gli obblighi del beneficiario ai sensi delle procedure e policy della Banca o dell'accordo di prestito.

I casi specifici esaminati da tali due organi verranno brevemente analizzati in seguito nel presente lavoro¹³³.

8. Come si è già avuto modo di constatare, a livello prettamente numerico, le imprese transnazionali sono le più attive nell'acquisizione delle terre in larga scala. V'è da chiedersi, dunque, quale siano le conseguenze delle attività poste in essere da tali entità,

¹³¹ Così DE SENA, p. 869

¹³² Istituito con risoluzione interna del Board of Executive Directors della Banca nel 1993. Il *panel* è stato il primo meccanismo di *private based accountability*. Per un'analisi approfondita, vedi SEATZU *Il Panel di ispezione della Banca Mondiale*, Torino, 2008.

¹³³ Vedi para 6 di questo capitolo.

quando esse siano in grado di incidere sul pieno godimento dei diritti umani delle popolazioni locali e dell'ambiente.

Tradizionalmente, ai sensi del diritto internazionale pubblico, le imprese non sono dotate di soggettività internazionale; di conseguenza, a queste non è possibile ascrivere né diritti né obblighi direttamente provenienti da tale ordinamento. Sebbene tale prospettiva risponda tuttora all'attuale struttura del sistema giuridico internazionale¹³⁴, il fenomeno della globalizzazione economica ha imposto una riflessione sul ruolo sempre più crescente che tali soggetti svolgono nella cornice delle relazioni economiche internazionali¹³⁵ e che inevitabilmente incide su diritti umani e ambiente.

Ed in effetti l'analisi dei profili di teoria e di prassi contrattuale in materia di *State Contracts* danno dimostrazione della rilevanza *giuridica* che le imprese multinazionali hanno assunto, rispetto agli Stati.

E' sufficiente considerare, in prima battuta, i diritti sostanziali che queste possono vantare in virtù del già analizzato quadro normativo in materia di investimenti nell'ambito della cui tutela esse si trovano ad operare. Inoltre, la circostanza che queste possano *direttamente* accedere a meccanismi di risoluzione delle controversie consente loro di aggirare gli incerti esiti delle procedure interstatali attivate tramite la protezione diplomatica¹³⁶.

D'altronde, non pare esistere un corrispettivo in termini di obblighi internazionali cui esse devono conformarsi ai sensi del diritto internazionale. Anche relativamente alla disciplina delle attività delle imprese multinazionali, gli strumenti adottati in materia hanno natura di *soft law*¹³⁷ e risultano, di conseguenza, difficilmente coercibili rispetto alle ipotesi gravi di violazione degli standard esistenti in materia di diritti umani.

Volendosi concentrare sui profili che più ci interessano, vale la pena specificare che le *Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land* richiedono ai *non-state actors* di rispettare i diritti umani e i legittimi titoli sulla terra. Secondo le *Voluntary Guidelines*, l'investitore potrà affermare di essersi conformato a tale *duty*, nell'ipotesi in cui abbia posto in essere un previo studio d'impatto delle sue attività sui diritti delle comunità, precedentemente e nel corso dell'esecuzione del progetto

¹³⁴ Sul punto FRANCIONI, *Alternative perspectives on international responsibility for human rights violations by multinational corporations*, in BENEDEK, DE FEYTER, MARRELLA (a cura di), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, p. 245 ss.

¹³⁵ MARRELLA ET AL., cit., p. 22 ss.

¹³⁶ Non meno rilevante è la tutela di cui le multinazionali possono usufruire in materia assicurativa o di proprietà intellettuale, sul punto FRANCIONI, cit. p. 259 ss.

¹³⁷ Sul punto BONFANTI, cit. *passim*.

d'investimento. Allo stesso modo, secondo il principio 3.2 delle linee guida, l'operato delle MNCs andrebbe monitorato e, in presenza di una violazione, lo Stato d'origine avrebbe l'obbligo di attivare una procedura contro l'impresa. Anche i PRAI contengono simili previsioni rispetto ad un costante monitoraggio da parte dell'investitore degli effetti positivi e negativi dell'investimento sul tessuto di diritti proprio dello Stato ospite.

Le linee guida OCSE contengono medesime prescrizioni suscettibili di incidere sulle attività degli *agro-investors*. In particolare, l'attenzione è rivolta ai produttori locali ed ai popoli indigeni i cui diritti potrebbero risultare compressi dall'operato delle MNCs. In questo senso, le linee guida esortano le imprese a dotarsi di una politica in materia di diritti umani e condurre una procedura *Human Rights Diligence*¹³⁸, che si svolga durante tutta la "vita" dell'investimento. Nello specifico, la *HRs policy* delle imprese multinazionali non dovrebbe limitarsi al rispetto degli standard previsti a livello interno in materia di diritti umani¹³⁹. Queste dovrebbero, infatti, imporsi di conformarsi pienamente agli standard *internazionali* in materia di diritti umani.

Sebbene gli strumenti brevemente esaminati diano conto di una crescente attenzione al ruolo svolto dalle imprese multinazionali a livello di rapporti economici globali, è evidente che il linguaggio utilizzato adotti uno stile prettamente esortativo rispetto al comportamento dell'investitore, sebbene esse possano svolgere un ruolo di pressione, specialmente quando venga rilevata una violazione.

L'auspicio è, quindi, che le nozioni di *corporate social responsibility* ed *accountability*¹⁴⁰, oramai estensivamente riempite di contenuto normativo grazie all'elaborazione costante di strumenti di *soft law*, raggiungano il livello *prescrittivo* sperato, per garantire un riequilibrio delle relazioni economiche internazionali, che, nella loro conformazione attuale, lasciano una lacuna non indifferente in termini di obblighi e corrispondenti responsabilità.

Va, infatti, segnalato che tali previsioni, seppur non dotate del carattere di vincolatività, presentano comunque il carattere della *giuridicità*, sono idonee cioè a regolare la condotta delle imprese multinazionali e garantiscono una spinta evolutiva

¹³⁸ Linee Guida OCSE, cit. n. 15.

¹³⁹ Sulla cui obbligatorietà vedi ampiamente cap. III del presente lavoro

¹⁴⁰ Sulle quali vedi estensivamente BONFANTI, cit., *passim*. La prima espressione pone in risalto l'aspetto *relazionale* dell'azione delle imprese multinazionali. In altri termini, le MNCs, nel condurre la propria attività d'impresa dovranno tener conto non solo degli interessi dei soci, ma di tutti i soggetti coinvolti (o danneggiati) a vario titolo dall'azione dell'impresa. L'*accountability* si riferisce, piuttosto, alla possibilità che le MNCs vengano sottoposte ad un controllo o monitoraggio da parte dei soggetti coinvolti dalle decisioni aziendali e, più generalmente, dalla società civile.

non indifferente. In questo senso ci pare utile segnalare quanto già evidenziato da parte della dottrina¹⁴¹, secondo cui gli strumenti di *soft law* in materia sarebbero soggetti ad un processo di legittimazione dall'alto verso il basso – tramite, ad esempio, il loro rinvio in trattati di investimento – e dal basso verso l'alto, grazie all'incorporazione di tali previsioni nei codici di condotta elaborati volontariamente dalle imprese e frequentemente richiamati negli *State Contracts* conclusi con gli Stati ospite.

In particolare i codici di condotta cui si è già fatto riferimento in precedenza¹⁴², contribuirebbero a definire il quadro normativo frammentato e complesso nel quale si muovono tali imprese, sino al punto di confluire in usi del commercio internazionale, se confortati da una prassi conforme e da un'*opinio iuris* stabile¹⁴³, costituendo il c.d. diritto consuetudinario interindividuale. È finanche immaginabile che essi finiscano con il costituire parte dell'ordine pubblico transnazionale, se supportato dal convincimento dell'intera *business community* che essi rappresentino principi fondamentali ed imprescindibili della vita economica -

9. A parte le già richiamate controversie sorte intorno al contratto camerunense¹⁴⁴, non si ha contezza, al momento attuale, di alcuni casi prettamente giudiziali, definiti o da definire, sorti intorno ad una situazione specifica di *land grabbing* a livello interno o internazionale.

Sembra, tuttavia, interessante valutare alcune ipotesi di definizione *quasi giudiziale* di alcune controversie avvicendatesi sulla questione ed offrire, in sede conclusiva, un'analisi di possibili evoluzioni alla luce dell'entrata in vigore del Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti sociali economici e culturali, con particolare attenzione al profilo collettivo della ricorribilità.

Viene in riferimento, *in primis*, il Report elaborato dall'*Inspection Panel* della Banca Mondiale sul *Cambodia Land Management and Administration Project* (LMAP), pubblicato a Marzo del 2011.

Il ricorso è stato depositato dal *Center for Rousing Rights Evictions* (di qui CORRE) per conto della *Boeung KaK Lake Community*, che secondo il CORRE era stata

¹⁴¹ Id. p. 213.

¹⁴² Vedi l'analisi degli *Equator Principles* al Cap. II del presente lavoro.

¹⁴³ SANDERS, *Codes of Conduct and Sources of Law*, in *Études Goldman*, cit. p. 297; BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 119 ss.

¹⁴⁴ Vedi Cap. IV, sez. I del presente lavoro.

danneggiata dall'implementazione del LMAP. In particolare, la comunità è stata oggetto di un trasferimento forzato, al quale non era preceduta una definizione giudiziale dei titoli di proprietà reclamati sulla terra in oggetto. Il trasferimento, a parere dei claimants, era stato attuato in piena violazione del *WB Resettlements Policy Framework* incluso nell'accordo LMAP fra la Banca e il governo Cambogiano. Il Framework stabiliva che alle comunità fosse accordato un giusto procedimento di compensazione per il *resettlement* delle comunità residenti sulla *State Land*.

Per parte sua, la Banca ha ammesso che le previsioni inserite nel LMAP non sono state in grado di proteggere le comunità dalle evizioni, ma ha affermato, d'altronde, che il progetto per se non poteva ritenersi causa immediata delle violazioni commesse. Il Governo, d'altro canto, ha continuato a sostenere che le comunità risiedevano illegalmente sulla terra in oggetto e che, di conseguenza, non avrebbero potuto usufruire della protezione garantita dal LMAP.

Un ulteriore caso di particolare interesse portato all'attenzione del CAO, il meccanismo di revisione interna dell'IFC, si riferisce al ricorso depositato dai rappresentanti di quattro comunità locali e di Oxfam International, Oxfam Great Britain, and the Uganda Land Alliance, per le operazioni di trasferimento forzato ed evizione generate dall'implementazione di un investimento relativo alla piantagione di legname nell'area forestale dell'Uganda Centrale da parte di New Forest Company, controllata di Agri-Vie Business Fund, società britannica finanziata dall'IFC.

Dopo la decisione sull'ammissibilità del ricorso, le parti hanno deciso di accettare una procedura di mediazione per la risoluzione della questione, i termini dell'accordo¹⁴⁵ indicano che:

The parties will launch a joint programme of sustainable development aimed at benefiting the affected community. The parties have agreed to the following aspects being made public:

- *The NFC has undertaken to provide significant support to the MUBENDE BUKAKIKAMA CO-OPERATIVE SOCIETY LTD representing the affected community, expanding its social responsibility investment programme to meet some of the specific needs of this community. The NFC has also agreed to work closely with the co-operative and its members to build more solid and lasting mutually beneficial relations with the community.*

¹⁴⁵ Il testo dell'accordo è reperibile online su http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=181.

• *The affected community has agreed to respect NFC's legal rights to operate within the Namwasa Central Forest Reserve, and both NFC and the community have agreed to act lawfully and to engage with each other to develop long term cooperation and good neighbourliness.*

• *The parties have agreed to work closely together on a range of programmes and projects aimed at the long term sustainable development of the community.*

E' evidente che in entrambi i casi il meccanismo di revisione interna non ha garantito pieno riconoscimento dei diritti delle comunità interessate: nel primo caso, l'impossibilità per l'*Inspection Panel* di rivedere in secondo grado le decisioni e pronunciarsi con una condanna al risarcimento danni ha impedito una definizione della controversia; nel secondo caso, i termini dell'accordo risultano particolarmente generici – rispetto, in particolare, ai diritti delle comunità – e, di conseguenza, difficilmente azionabili. Resta tuttavia da registrare un'evoluzione positiva, considerata l'assenza, allo stato attuale, di una rilevanza giurisprudenziale *immediatamente* legata alla fattispecie; *in secundis*, sebbene i risultati non siano ottimali, i report e l'accordo pongono comunque in evidenza le criticità legate a tali operazioni di investimento, mettendo comunque l'accento sulla necessità che le operazioni di investimento si conformino a degli standard minimi di tutela per le comunità locali danneggiate dai progetti.

In questo senso, la recente entrata in vigore del Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali sembra offrire interessanti spiragli per la tutela delle posizioni giuridiche messe a rischio dal fenomeno del *land grabbing*, contribuendo alla progressiva *justiciability* della categoria normativa in parola. Lo strumento, apre, infatti, un meccanismo *quasi-judicial* – parallelo a quello del Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti civili e politici – a comunicazioni individuali e *di gruppo*¹⁴⁶ di soggetti che si ritengano lesi da un contegno statale, consentendo al Comitato di esaminare eventuali violazioni delle norme contemplate nel Patto ESCR. Quest'ultimo profilo risulta particolarmente rilevante, considerata la dimensione *collettiva* dei diritti minacciati dalle operazioni d'investimento in larga scala sulla terra. Sia sufficiente, in questo senso, richiamare la tutela collettiva del diritto di proprietà sulle terre ancestrali già accordato alle comunità tribali¹⁴⁷, e che potrebbe trovare, tramite questo strumento,

¹⁴⁶ Sul funzionamento del meccanismo vedi capitolo I sezione II, nota 189 del presente lavoro.

¹⁴⁷ Vedi est. sul punto capitolo I del presente lavoro.

ulteriore tutela per le comunità locali maggiormente coinvolte dal fenomeno della corsa alle terre.

10. Come abbiamo cercato di dimostrare nel corso di questa dissertazione, il fenomeno del *land grabbing* solleva un'articolata serie di problematiche, legate alle più complesse questioni giuridiche del diritto internazionale. Volendo tentare di ricondurre ad unità le riflessioni sinora svolte in merito alla corsa alle terre, sembra utile concludere riportando le ultime considerazioni al principio cardine dal quale si è mossa tale indagine.

Se il fenomeno sembrava poter essere *prmissima facie* perfettamente coerente al principio di sovranità territoriale, ed in particolare al principio di sovranità permanente sulle risorse naturali, ad un'accurata analisi la corsa alle terre pare, invece, porsi in netta violazione con esso. Il trasferimento di porzioni di terra talmente elevate sta, infatti, determinando una pericolosa frammentazione nel tessuto territoriale dello Stato. Le transazioni risultano ancora più pericolose quando rischiano di tramutarsi in un trasferimento di sovranità da parte dello Stato di destinazione allo Stato d'origine, in particolare quando quest'ultimo agisca tramite fondi sovrani o imprese pubbliche.

Come è già stato possibile osservare, il fatto che il contratto sia sottoposto ad un ordinamento interno, non incide sulla qualificazione che il diritto internazionale può effettuare degli effetti che l'esecuzione del contratto produce. Il diritto interno regola, infatti, i rapporti negoziali intercorrenti fra le parti e cristallizzati nell'accordo, ma non impedisce che i medesimi fatti vengano valutati giuridicamente da un altro sistema normativo.

Se, dunque, tranne che per i casi dubbi dei contratti conclusi direttamente fra Stati, i contratti in materia di investimento non possono qualificarsi come accordi di *cessione*; le conseguenze generate dall'esecuzione del contratto potrebbero, tuttavia, alle condizioni che vedremo, tramutarsi in *norm-creating facts*¹⁴⁸.

Vale la pena, innanzitutto, ricordare che la titolarità della sovranità territoriale e un contestuale diritto di proprietà privata radicato in capo ad un *diverso* Stato possono

¹⁴⁸ Secondo l'interessante ricostruzione di DISTEFANO G., *The Conceptualization (Construction) of Territorial Title in the Light of the International Court of Justice Case Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 1041 ss., il diritto internazionale consentirebbe il trasferimento del titolo territoriale se veicolato da una condotta qualificata dello Stato. Cfr. in questo senso la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States)*, Judgment of 12 October 1984, par. 126.

coesistere sulla medesima porzione spaziale¹⁴⁹. La stessa Corte Internazionale di Giustizia ha chiarito nel caso *Benin/Niger*¹⁵⁰, che «*the question of the course of the boundaries of the bridges is totally independent of that of the ownership of the structures, which belong jointly to the Parties*». È, quindi, pacifico che possa essere trasferita la proprietà di un determinato appezzamento da uno Stato ad un altro senza che questo implichi il trasferimento della sovranità territoriale.

Questa specificazione ci consente di richiamare la distinzione già *supra* effettuata fra *imperium* e *dominium*¹⁵¹. Nel caso di specie lo Stato si trova a disporre del territorio nel suo contenuto *materiale*, in quanto *bene*. La prassi negoziale ha dimostrato, tuttavia, che queste concessioni determinano anche una dismissione, talvolta emblematica¹⁵², dei poteri sovrani dello Stato, con esiti diversi a seconda dell'altra parte contrattuale, se investitore pubblico o privato.

Posto che la relazione contrattuale è disciplinata dal diritto interno, il diritto internazionale potrebbe intervenire a qualificare la condotta dello Stato ospite attribuendovi alcuni effetti specifici. Nel caso in cui l'investitore pubblico o l'investitore privato (se riconducibile allo Stato d'origine)¹⁵³ pongano in essere degli atti sovrani¹⁵⁴, finalizzati ad asserire l'autorità dello Stato d'origine¹⁵⁵, potrebbe immaginarsi, *in extremis*, che l'acquiescenza dello Stato ospite possa determinare un trasferimento di sovranità territoriale. Si tratta, evidentemente, di un'ipotesi limite che andrebbe attentamente verificata alla luce del *silence circumstancié*¹⁵⁶; e non sulla mera base dell'effettività dell'occupazione dello Stato d'origine, che, come è stato possibile osservare, non è sufficiente, per sé sola a trasferire il titolo di sovranità. Tuttavia, la

¹⁴⁹ Sul punto KOHEN, *Territory, Acquisition* in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

¹⁵⁰ *Benin/Niger, Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment of 12 July 2005, par. 124.

¹⁵¹ Vedi sul punto par. 4 Cap. I del presente lavoro.

¹⁵² Si pensi al contratto siglato dal Cameroun, già analizzato nel Capitolo IV del presente lavoro, che attribuisce all'investitore poteri di polizia, tipica espressione delle prerogative statali.

¹⁵³ In linea generale, qualsiasi organo statale può esprimere poteri sovrani. È evidente che le azioni del governo centrale possiedono un valore probatorio più pregnante; ciò non toglie che persino i privati, nel caso in cui sia possibile imputare le loro azioni allo Stato, possono rappresentare l'autorità statale, si pensi al caso della Compagnia delle Indie Orientali, vedi sul punto *L'Isola di Palmas, Paesi Bassi c. Stati Uniti d'America*, Corte Permanente di Arbitrato, 4 Aprile 1928.

¹⁵⁴ Vedi sul punto la pronuncia della CIG, *Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)*, Judgment of 17th November, 1953.

¹⁵⁵ Non è sufficiente la mera dispiegazione di autorità statale; è necessario, infatti, che lo Stato agisca con *animus possidendi*.

¹⁵⁶ È necessario, infatti, che sussistano determinati requisiti. Lo Stato acquiescente deve, infatti, avere piena contezza che le azioni dell'altro Stato sono rivolte ad affermare la propria sovranità su quel determinato territorio. Le "omissioni" devono, quindi, riguardare le eventuali reazioni che lo Stato avrebbe dovuto porre in essere per contrastare l'affermazione di sovranità di parte opposta. Sul punto, estensivamente KOHEN, cit., *passim*; DISTEFANO G., cit. p. 1064 ss.

durata dei contratti e l'ampiezza dei poteri trasferiti dallo Stato all'investitore rendono quest'ipotesi verosimile nel lungo percorso.

Anche nel caso in cui dietro l'investitore non si celi lo Stato di origine, la dismissione *tout court* dei poteri sovrani dello Stato ospite presenta dei profili di alto rischio. Simili operazioni realizzano, infatti, un trasferimento del controllo sulle porzioni di terra interessate dallo Stato ad un altro soggetto, i cui impegni risultano vaghi e difficilmente coercibili.

Se è vero che «(..) *Territorial sovereignty confers upon the State an exclusive competence to organize as it wishes the economic structures of its territory and to introduce therein any reforms which may seem to be desirable to it. It is an essential prerogative of sovereignty for the constitutionally authorized authorities of the State to choose and build freely an economic and social system. International law recognizes that a State has this prerogative just as it has the prerogative to determine freely its political regime and its constitutional institutions*»¹⁵⁷, le pressioni esterne, determinate dall'integrazione economica non sono irresistibili e non possono determinare un uso distorto della sovranità.

Quando il fenomeno si realizza con queste modalità, lo Stato non consente semplicemente lo sfruttamento delle risorse naturali, ma si trova a disporre di esse, determinando la trasformazione del territorio in merce di scambio per il mercato globale, che, di fatto, rende il territorio di destinazione un'enclave.

Si verifica, quindi, una disarticolazione del territorio rispetto al potere di regolamentazione e controllo dello Stato che si deresponsabilizza (volontariamente) di fronte alle operazioni che vengono compiute al suo interno.

Il fenomeno cui si assiste è quello di un riorientamento degli interessi sovrani verso specifici interessi privati detenuti dalle persone fisiche che predispongono le transazioni. In definitiva, i contratti non riflettono più finalità pubbliche (generali), ma quelle di un determinato gruppo al potere o di un'impresa estera.

La semplificazione del territorio, così generata, rischia di delegittimare lo Stato e si allontana da un lecito esercizio della sovranità dello Stato, rispetto agli obblighi che su di esso incombono ai sensi del diritto internazionale ed, in particolare, rispetto agli effetti che questo tipo di transazioni (che agevolano sistemi agroalimentari estremamente concentrati e globalizzati) producono sulla sicurezza alimentare delle

¹⁵⁷ Vedi *Texaco v. Libyan Arab Republic* cit. p. 3 ss.

comunità localmente stanziata sulle terre oggetto d'investimento, alle quali viene, da una parte, negato l'accesso alla terra – principale fonte di sostentamento rurale – e, dall'altra, impedito un consumo locale dei prodotti coltivati sulle terre di riferimento.

Il fenomeno del *land grabbing* mette bene in evidenza che il concetto di sovranità territoriale e, nella sua declinazione economica, di sovranità permanente sulle risorse naturali, gioca un ruolo chiave in tre settori del diritto internazionale, le cui norme tendono in alcuni casi collidere: il diritto internazionale dell'economia, i diritti umani e il diritto dell'ambiente.

La ricostruzione del contenuto normativo della sovranità come un insieme di diritti ed obblighi dello Stato consente all'interprete di conciliare le previsioni normative appartenenti ai diversi ambiti e giungere ad una soluzione coerente ed organica, superando un approccio analitico ed esclusivamente settoriale, che raramente conduce ad un risultato equilibrato. Ed è proprio in quest'ottica *funzionale* che vanno valutate le distorsioni viste finora: l'analisi del fenomeno del *land grabbing* dà, infatti, la misura dell'irrinunciabilità della dimensione territoriale della sovranità. Una simile prospettiva presuppone un significato normativo di territorio, *inscindibile* dal pieno esplicarsi dei poteri (ed evidentemente degli obblighi) sovrani dello Stato su quella determinata sfera spaziale.

Lo scollamento del territorio dall'esercizio dei poteri statali determina, in definitiva, una semplificazione inaccettabile, proprio perché delegittima lo Stato rispetto al suo potere di regolamentazione e controllo.

In merito, valgono alcune considerazioni di ordine generale.

Molti commentatori sostengono che le pressioni provenienti dalla globalizzazione siano tante e tali che lo Stato, così come concepito nell'ordinamento internazionale postmoderno, non sarebbe in grado di resistervi; esso non sarebbe più, in altri termini, la forma istituzionale adatta alle relazioni socio-economiche dettate da questo processo¹⁵⁸. A tal proposito, è interessante notare come questa dottrina si riferisca alla globalizzazione come un fenomeno dato ed irresistibile, un sistema posto dall'alto, e

¹⁵⁸ HORSMAN, MARSHALL, *After the Nation-State, Citizens, Tribalism and the New World Disorder*, Londra, 1994; STRANGE, *The Defective State*, in *Daedalus Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 1995, p. 55 ss.; GRIFFIN, *Economic Globalization and Institutions of Global Governance, in Development and Change*, 2003, p. 789 ss. La globalizzazione viene presentata da questi autori come un risultato, non come un insieme di relazioni socio-economiche in evoluzione, quasi che essa, alla pari di una forza naturale, s'imponesse agli attori della scena internazionale.

non caratterizzato da alcun centro decisionale, privo, quindi di soggetti che ne determinino il corso¹⁵⁹.

Non vi è chi non veda il rischio di un simile ragionamento: da un lato la globalizzazione parrebbe un fenomeno irreversibile ed inevitabile, alle cui esternalità negative sarebbe impossibile apporre correttivi; dall'altro, queste riflessioni offrono la spalla a preoccupanti istanze di "irresponsabilismo", quasi che lo Stato sia chiamato a piegarsi a qualsiasi costo alle esigenze della globalizzazione, poiché presuntivamente non in grado di apporvi adeguata resistenza.

Il processo di globalizzazione economica rappresenta, al contrario, una piena scelta degli Stati di favorire l'integrazione economica transnazionale, che accettano, evidentemente, le limitazioni di sovranità che ad essi derivano.

Nell'astratto discorso teorico argomentativo sulla globalizzazione, la sovranità viene sradicata dalla sua storicità e considerata come un modello teorico dato, non più rispondente alle esigenze dell'epoca contemporanea. L'errore in queste argomentazioni risiede proprio nel considerarla come un principio statico, calato sull'istituzione statale. In realtà la sovranità è un concetto estremamente dinamico e si risolve nell'esistenza dello Stato e nel suo atteggiarsi nelle relazioni internazionali¹⁶⁰.

Non si vuole certamente negare che il contesto socio-economico globale ponga numerose pressioni esterne allo Stato: accettare che la sovranità sia un concetto dinamico significa prendere atto dell'evoluzione del suo ruolo in ottica meno assoluta e più funzionale¹⁶¹, quest'ultima intesa come esercizio esclusivo delle funzioni *pubblicistiche* dello Stato, per il perseguimento di finalità generali; non è dunque

¹⁵⁹ Sul punto, STEPHENS, *The Global Land Grab: An Analysis of Extant Governance Institutions*, in *International Affairs Review*, 2011, p. 1 ss.; LABONTÉ, SCHRECKER, *Introduction: Globalization's Challenges to People's Health*, in LABONTÉ, SCHRECKER, PACKER, RUNNELS, *Globalization and Health: Pathways, Evidence and Policy*, Londra 2009, questi ultimi in particolare sull'evitabilità delle esternalizzazioni negative determinate dal processo di globalizzazione ed il fondamentale ruolo politico-decisionale degli Stati nel determinarne il corso. Sull'indagine delle posizioni a favore e contro la globalizzazione, cfr. MANSBACH, *The Great Globalization Debate*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2008, p. 21 ss.

¹⁶⁰ Sul punto, BARKIN, *The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations*, in *International Organization*, 1994, p. 107 ss.; BARKIN, *The Evolution of the Constitution of Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms*, in *Millennium*, 1998, p. 229 ss.; PHILPOTT, *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*, Princeton, 2001; ID, *Usurping the Sovereignty of Sovereignty?* in *World Politics*, 2001, p. 297 ss. REUS-SMITH, *Human Rights and the Social Construction of Sovereignty*, in *Review of International Studies*, 2001, p. 519 ss.

¹⁶¹ DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international* in *Recueil des Cours*, 2002 p. 102 ss. L'autore fa notare che l'esistenza stessa di un sistema dovrebbe porre dei dubbi in merito all'esistenza della sovranità degli Stati, se se ne dovesse accogliere un'accezione assoluta.

l'esistenza dello Stato ad essere in discussione¹⁶², quanto la difficoltà di adattare e rileggere il concetto di sovranità alla luce del nuovo scenario socio-economico.

Anzi, sono proprio quegli ambiti che, *prima facie*, ne stanno determinando una progressiva erosione¹⁶³ a richiamarne a gran voce la riviviscenza. La sovranità, infatti, in quanto costitutiva dello Stato, dà origine a correlati obblighi internazionali, generali o particolari; essa non va, quindi, intesa come una generica, assoluta ed illimitata libertà di azione dello Stato, ma reinterpretata come fonte di corrispettiva responsabilità internazionale.

Ancor più rilevanti risultano le considerazioni di cui sopra alla luce di due aspetti fondamentali.

Se la distribuzione dei tradizionali poteri decisionali dello Stato ad altre istituzioni presenti sulla scena internazionale ha contribuito ad istituire un regime di *governance* multilivello, questo non è stato accompagnato né dalla creazione di un corrispondente apparato in grado di assolvere alle tradizionali responsabilità economiche e sociali degli Stati¹⁶⁴, né da un sistema di tutela *globale*, che garantisca gli individui nel caso in cui le decisioni assunte tali istituzioni¹⁶⁵ incidano, direttamente o indirettamente, sulla loro sfera giuridica.

La globalizzazione, poi, ha dato spazio al compiersi di numerose violazioni dei diritti umani da parte di imprese multinazionali; tuttavia, le norme di diritto internazionale che impongono obblighi in materia non possono trovare applicazione nei confronti di queste ultime, alle quali non può, evidentemente, imputarsi alcuna responsabilità diretta¹⁶⁶.

Questo processo ha quindi generato una struttura monca, all'interno quale la giurisdizione (intesa in questo frangente come potere di governo) è diluita in capo a diversi soggetti e l'attività economica è completamente integrata, ma il sistema di tutela

¹⁶² Sul punto estensivamente PIKALO, *Economic Globalization, Globalist Stories of the State and Human Rights* in BENEDEK, DE FEYTER, MARRELLA (eds) *Economic Globalisation and Human Rights*, cit., p. 17 ss. L'autore, riconoscendo l'incidenza dell'operato, accanto allo Stato, di altri attori non statali, ritiene che la globalizzazione, piuttosto che il declino dello Stato, possa piuttosto determinare un sistema di *governance* multilivello, nel quale i diversi attori coinvolti possono agire sui diversi livelli, perseguendo però obiettivi condivisi; WOLF, *Will the Nation-State Survive Globalization?* in *Foreign Affairs*, Gennaio/Febbraio 2001, p. 178 ss; WEISS, *Globalization and State Power*, in *Development and Society*, 2000, p. 1 ss.

¹⁶³ Ci si riferisce, in particolare, all'incidenza dei diritti umani. Sul punto cfr. per tutti, CASSESE, ALSTON, *Ripensare i diritti umani nel XXI secolo*, Torino, 2003.

¹⁶⁴ BASSIUNI, *The future of Human Rights in the Age of Globalization*, in *Denver Journal of International Law and Policy* 2011-2012, p. 1 ss..

¹⁶⁵ Ci si riferisce in particolare alle Istituzioni Finanziarie Internazionali.

¹⁶⁶ Vedi sul punto paragrafo 8 del presente capitolo.

rimane essenzialmente Stato – centrico. In particolare, la figura dello Stato quale principale garante per il riconoscimento, la protezione e l'applicazione dei diritti umani non è stata in alcun modo rimpiazzata nell'attuale architettura globale, né si è profilato un alternativo regime di responsabilità internazionale.

In definitiva, il fatto che lo Stato abbia, *consapevolmente*, demandato parte della propria sovranità in determinati campi non implica che esso possa disinteressarsi dell'adempimento di quegli obblighi internazionali cui esso rimane pienamente legato.

Resta da capire quali siano allo stato attuale le soluzioni percorribili per invertire la corsa alle terre e garantire, allo stesso tempo, un accettabile livello di sviluppo allo Stato ospite. Come si è già avuto ampiamente modo di osservare, non esiste allo stato attuale un regime giuridico specifico che regoli gli investimenti diretti esteri in agricoltura; le misure sinora proposte, o implementate, intervengono in maniera specifica nelle diverse aree normative fin qui analizzate e tendono tutte alla tutela di interessi essenziali, radicati, in particolare, in capo alle popolazioni locali.

Muovendoci nel medesimo ordine di trattazione fin qui seguito, sembra utile introdurre brevemente le proposte esistenti in materia di accordi internazionali.

Sebbene il sistema WTO non disciplini *direttamente*, se non in maniera marginale, gli FDI, è stato possibile dimostrare l'impatto delle norme in materia di commercio internazionale, sia nel senso di favorire simili operazioni di investimento, che, in direzione opposta, nel palesarne l'illegittimità rispetto ad alcuni profili¹⁶⁷.

Considerata, quindi la rilevanza di tali norme rispetto, in particolare, alla sicurezza alimentare, parte della dottrina ha immaginato una serie di soluzioni e ne ha testato la compatibilità al sistema WTO.

Secondo alcuni autori¹⁶⁸, un efficace metodo dissuasivo potrebbe essere veicolato tramite l'azione di Stati terzi, che adottino misure di *labelling* dei prodotti provenienti dalle regioni nei quali gli investimenti sulla terra assumono le fattezze tipiche del *land grabbing*. Tale pratica, ascrivibile alle *technical regulations* disciplinate dall'Annesso 1.A del *TBT Agreement*, rende edotto il consumatore della provenienza di un certo prodotto, consentendogli, evidentemente, di esprimere una preferenza. L'etichettatura, deve, tuttavia, conformarsi a certi requisiti per non creare inutili ostacoli al commercio

¹⁶⁷ Si pensi alla dubbia legittimità di alcune misure di supporto governativo all'esportazione o alla produzione, vedi ampiamente Cap. III del presente lavoro.

¹⁶⁸ BRILMAYER, MOON, *Regulating Land Grabs: Third Party States, Social Activism and International Law* in LAMBEK, PLAUEYS ET AL. *Rethinking Food Systems: Structural Challenges, New Strategies and the Law*, Oxford, 2014.

internazionale. Anche il *social labelling* dovrà dunque essere diretto a produrre esclusivamente gli obiettivi che si pone, senza generare effetti esorbitanti *a latere* che lo rendano *WTO inconsistent*¹⁶⁹.

Medesima funzione dissuasiva sembrerebbe svolgere l'applicazione da parte di *terzi* Stati dalle eccezioni generali consentite dall'art. XX del GATT. Secondo gli stessi autori, l'estensione extraterritoriale della disposizione in parola sarebbe ammessa, seppure in seguito ad una accurata analisi delle misure poste in essere dal terzo Stato che lo invoca, al fine di evitare illegittime restrizioni al commercio. In questo senso, Stati terzi potrebbero imporre delle quote di importazione ai prodotti provenienti da altri Paesi che versano in stato di sicurezza alimentare¹⁷⁰, a causa di operazioni di investimento in larga scala sulla terra. Sebbene anche tale ipotesi appaia interessante, la questione dell'extraterritorialità dell'art. XX GATT è assai dibattuta e controversa¹⁷¹, né, d'altronde il *Panel* o l'*Appellate Body* si sono mai pronunciati sul punto. Restano tuttavia aperti degli interessanti margini evolutivi.

Rispetto, invece, ai trattati in materia di investimento, un'interessante proposta¹⁷² viene da alcuni autori, che ipotizzano l'introduzione di una *public interest clause* a tutela della sicurezza alimentare nei BIT o negli accordi regionali in materia di investimenti¹⁷³. La clausola, così come redatta, è ispirata al Model BITs di Canada e

¹⁶⁹ Sulle legittimità della pratica di *labelling* v., in particolare, *Appellate Body Report, United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, adottato il 29 Giugno 2012 e *Appellate Body Report, United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, adottato il 16 Maggio 2012.

¹⁷⁰ La sicurezza alimentare sembrerebbe potersi ascrivere alle misure contemplate alla lettera a) *measures necessary to protect public morals*, o alla lettera b) *necessary to protect human, animal or plant life or health*.

¹⁷¹ ID. p. 143 ss. Secondo gli autori, in particolare, la lettera dell'art. XX non delimita esplicitamente la possibilità di imporre restrizioni all'importazione ai soli Paesi che versano nella condizione che consente di invocare l'eccezione.

¹⁷² HAEBERLI, SMITH, *Food Security and Agri-Foreign Direct Investment in Weak States: Finding the Governance Gap to Avoid "Land Grab"*, in *The Modern Law Review*, 2014, p. 189 ss.

¹⁷³ La clausola andrebbe redatta come segue: «*Public Interest (Food Security)* Nothing in this Agreement shall be construed 1. To prevent a Contracting Party from taking measures necessary (1) For the protection of its national and local population's food security as defined by relevant international organisations. (2) For the conservation of exhaustible natural resources, water, and livestock adversely impacted by the investments carried out by an investor of the other Contracting Party. (3) For the fulfilment of a Contracting Party's international obligations relating to human rights as defined in relevant international treaties and standards. (4) For ensuring the enjoyment of all legitimate claims to land by rightful individual or communal landowners. 2. In cases of disputes arising from investment contracts covered by this Agreement, complaints by duly interested stakeholders shall be heard along with the parties to the dispute and on the basis, where relevant, of an independent impact assessment addressing all relevant economic, environmental and social aspects as well as the interests of all participants in the investment project. Findings shall ensure that (1) Such measures should not be applied in a manner that would constitute a disguised restriction on international trade or investment. (2) Such measures shall be applied in good faith and in a nondiscriminatory manner between national and international investors. (3) Adequate and fair compensation would be provided to the investors of the

Stati Uniti, che contengono una eccezione per la protezione di interessi generali e garantirebbe allo Stato un più ampio margine di azione senza incorrere in illecito, nel caso di un intervento statale non conforme ai termini dell'accordo.

Al di là di un'eventuale funzione *ad adiuvandum* degli UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* rispetto ai contratti d'investimento in parola¹⁷⁴, il ruolo di organismi quali UNIDROIT e UNCITRAL può avere particolare rilevanza nella regolamentazione contrattuale in materia di agricoltura. In particolare, l'UNIDROIT sta sviluppando una Guida sul *contract farming*, alternativa negoziale ai contratti di investimento fra lo Stato e l'investitore¹⁷⁵.

La Guida si pone l'obiettivo di assistere le parti nella fase di negoziazione e redazione del contratto. Scopo principale è quello di ridurre l'asimmetria informativa evidenziando le più delicate questioni di natura giuridica implicate nelle operazioni d'investimento e suggerendo soluzioni che garantiscano l'equilibrio contrattuale. Le indicazioni contenute nel documento non sono, evidentemente, estendibili agli *State Contracts*, ma rappresentano una valida opzione per introdurre forme di *partnership* che coinvolgano direttamente i piccoli agricoltori o le comunità locali. In questo senso, l'UNIDROIT potrebbe anche fungere da supporto per l'elaborazione di modelli di “*collaborating partnership contracts*”, come contratti di *outgrower contracting* o *equity-sharing*¹⁷⁶.

Considerata la più volte ribadita assenza di un quadro normativo completo che regoli i contratti d'investimento, il ruolo di UNIDROIT ed UNCITRAL potrebbe, inoltre, essere direzionato verso la redazione di modelli legislativi. I *model laws* sono caratterizzati da un livello tale di flessibilità da consentirne l'adozione in Paesi membri che presentino tradizioni non comuni. Si tratta di strumenti normativi raccomandati agli Stati, che sono liberi di modificarne il testo per adattarlo al meglio al loro ordinamento. In questo senso, altamente indicativi ai nostri fini paiono i modelli legislativi proposti

other Contracting Party for all actions taken and all investments an payments actually made in full compliance with an investment agreement where it had been concluded by competent and duly authorised local or national authorities» HAEBERLI, SMITH, cit., vedi in particolare l'*Annex A* che articola la proposta in parola.

¹⁷⁴ Sulla quale specificatamente BONEL, *International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?* in *Uniform Law Review*, 2012, p. 141 ss.

¹⁷⁵ UNIDROIT, Study LXXX A, *Preparation of a Legal Guide on Contract Farming*, 2012, vedi sul punto MANFREDI, *Land Investments And «Land Grabbing» The Need For A Legal Framework*, in *Diritto del commercio internazionale*, p. 803 ss.

¹⁷⁶ Vedi sul punto MYERS, *Private Law and Responsible Agricultural Investment Select Legal Issues for Consideration by UNIDROIT*, in *Uniform Law Review*, 2012, p. 119 ss.

per i progetti infrastrutturali finanziati da privati¹⁷⁷ e per gli appalti pubblici in materia di *complex goods, construction and services*¹⁷⁸ dell'UNCITRAL.

Entrambi i modelli sono, infatti, ispirati alla trasparenza ed al coinvolgimento di tutti i soggetti interessati dal processo decisionale. Le due caratteristiche sono fondamentali, considerato il grado di corruzione e la mancanza di trasparenza che frequentemente caratterizzano la conclusione dei contratti di investimento presi in analisi. Un modello legislativo che disciplini in maniera sistematica gli investimenti in agricoltura garantendo il rispetto dei due requisiti potrebbe certamente contribuire ad un'inversione di tendenza rispetto alla prassi contrattuale riscontrata. Gli effetti negativi sinora registrati hanno, infatti, dimostrato che il *laissez faire* degli Stati ospite poco contribuisce allo sviluppo dei medesimi¹⁷⁹.

L'aspetto centrale, tuttavia, nel fenomeno in analisi è la titolarità dei diritti sulla terra. Come è stato possibile osservare, l'incertezza della proprietà sulle terre contribuisce in maniera incisiva sull'espandersi della corsa alle terre¹⁸⁰. È quindi necessario che qualsiasi strumento raccomandato tenga in seria considerazione la variabilità dei titoli formali e consuetudinari degli Stati ospite, garantendovi tutela effettiva, sia per i singoli che, collettivamente, per le comunità locali coinvolte.

Pare utile, in proposito, accennare ad uno strumento recentemente messo in atto in alcuni Paesi dell'Africa¹⁸¹ dall'Unione Internazionale del Notariato. L'UINL sta, infatti, portando avanti un progetto mirato ad introdurre il *Titrement Secure Simplifié*¹⁸² (TSS) nei Paesi caratterizzati da un sistema di titolarità informale e, per questo, più suscettibili

¹⁷⁷ UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2000.

¹⁷⁸ UNCITRAL, Uncitral model law on public procurement, available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/mlprocurement2011/ML_Public_Procurement_A_66_17_E.pdf

¹⁷⁹ MANFREDI, cit. p. 829 ss. Indicative sono le reazioni di Argentina, Ungheria e Tanzania, che hanno ridotto il quantitativo di ettari cedibili agli stranieri per investimenti in agricoltura. Sul punto rispettivamente, Sicavonline, *Argentine : Cristina Kirchner restreint pour les étrangers l'accès aux terres agricoles* 28 Aprile 2011. <http://farmlandgrab.org/post/view/18524195>; La France Agricole *Hongrie : Les investisseurs étrangers ne peuvent plus acheter de terres agricoles*, 24 Dicembre 2012. <http://farmlandgrab.org/post/view/21463>; Orton Kiishweko *Tanzanie: Contenir "la course à l'accaparement des terres*, Inter Press Service 26.12.2012 <http://farmlandgrab.org/post/view/21473>

¹⁸⁰ Vedi Cap. II del presente lavoro.

¹⁸¹ Ci riferiamo nello specifico al Madagascar e Burkina Faso. Il progetto è, tuttavia, destinato ad estendersi ai Paesi dell'Asia. Il titolo verrà, infatti, presentato nel Dicembre 2014 in Vietnam. Fra i progetti più rilevanti, l'UINL In Madagascar appoggia la riforma fondiaria con l'obiettivo della creazione di 150.000 certificati di proprietà in 5 anni; in Vietnam partecipa alla modernizzazione del sistema fondiario con l'obiettivo del rilascio di 1.600.000 certificati di diritto di uso sul suolo per i prossimi 5 anni nelle tre principali città del paese, sul punto IOLI, LIOTTA, *Dalla povertà alla proprietà*, in *Editoriale dell'UINL*, 3/2012

¹⁸² Sul TSS vedi NOURRISSAT, *L'action du notariat en matière de titement*, in *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n. 44, 5 nov. 2010 e n. 45, 12 nov. 2010; HARISSOU, *La terre, un droit humain. Micropropriété, paix sociale et développement*, Paris, 2011.

di divenire oggetto di investimenti in larga scala. Il TSS costituisce, essenzialmente, un documento ufficiale di certificazione del titolo di proprietà. In particolare, si tratta di un titolo di microproprietà definitiva, che può essere trasmesso in via successoria, costituito in ipoteca o utilizzato quale garanzia presso gli istituti di credito.

Il titolo non è destinato a sostituire i diritti fondiari già presenti negli ordinamenti, ma a coesistere con il sistema vigente, in virtù delle caratteristiche che esso presenta. In particolare, il TSS trova il suo fondamento in due principi chiave: l'abbandono del criterio di demanialità – che, come abbiamo avuto modo di verificare, caratterizza la proprietà fondiaria in molti dei PVS – e la decentralizzazione della gestione catastale e del rilascio del titolo di proprietà, a cura del municipio di riferimento.

L'abbandono del principio di demanialità, avrebbe quale contraltare la previsione di una presunzione semplice di titolarità basata sull'effettività dello sfruttamento dello spazio fondiario, circostanza sufficiente a richiedere ed ottenere un TSS. La gestione locale del rilascio dei titoli consentirebbe di coinvolgere la popolazione in maniera diretta nelle procedure di trasferimento ; la concretizzazione del progetto in Madagascar pare abbia dimostrato che le comunità locali reagiscono in maniera positiva, perchè avvertono un legame immediato con l'ente di riferimento ed accedono senza ulteriori costi alle procedure necessarie. Il rilascio del titolo, che dovrà essere rapido e semplificato, viene, infatti, gestito da una commissione locale inclusiva, composta dai responsabili degli enti locali e delle collettività tradizionali, dalle organizzazioni dei cittadini e dalle associazioni femminili.

Tuttavia, nel rispetto delle preoccupazioni già manifestate in merito ai progetti di titolarizzazione, il TSS non equivale pienamente al titolo fondiario convenzionale. Lo strumento attribuisce, infatti, un diritto di natura più limitata, atto a scongiurare la commercializzazione selvaggia delle terre. A fini preventivi, il TSS è dotato di una clausola di inalienabilità limitata. La microproprietà immaginata con il TSS è, infatti, posta al servizio dello sviluppo delle collettività più vulnerabili. Il titolo sicuro semplice è, a tal fine, rilasciato anche alle categorie che generalmente non possono accedere ai titoli formali, fra cui le donne e le collettività tradizionali, cui viene, di fatto, attribuito un diritto alla terra per il tramite del TSS. Il fatto che i sistemi contemporanei siano conformati all'economia di mercato, non implica che il TSS debba essere necessariamente concepito in termini di produttività o profittabilità, ma solo quale strumento di protezione sociale che consenta il passaggio dall'informale verso il formale.

Nota Bibliografica

ABERA, *Land disputes and dispute settlement mechanisms: the case of the Tulama Oromo of Ethiopia*, Saarbrücken, 2010.

ABI SAAB, *Progressive Development of the Principles and Norms of International Law Relating to the New International Economic Order*, in UN Doc A/39/504/Add.1, 23 Ottobre 1984.

ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, Padova, CEDAM, 2002.

ADEDE, *Legal trends in international lending and investment in developing countries*, in *Recueil des Cours*, 1983, p. 9 ss.

ADINOLFI, *Alimentazione e commercio internazionale nel rapporto del 2009 del relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo*, in *Diritti umani e diritto internazionale, Interventi*, 2010 p. 125 ss.

AKO, UDDIN, *Good Governance and Resource Management in Africa in Natural resource investment and Africa's development*, BOTCHWAY(ed.), New York, 2011.

ALLAN, KEULERTZ, SOJAMO, WARNER (eds.), *Handbook of Land and Water Grabs in Africa. Foreign direct investment and water security*, London, 2012.

ALSTON, QUINN *The Nature and Scope of state parties' obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1987 p. 156 ss.

ALSTON, TOMASEVSKI, (eds), *The right to food*, Utrecht, 1984.

ALTIERI, TOLEDO, *The agroecological revolution in Latin America: rescuing nature, ensuring food sovereignty and empowering peasants*, in *Journal of Peasant Studies*, 2011, p. 587 ss.

ALVIK, *Contracting with Sovereignty*, Oxford 2012.

AMARASINHA, KOKOTT, *Multilateral Investment Rules Revisited*, in MUCHLINSKI, FORTINO, SCHREUER, (eds.), *Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008

AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967.

AMOO, HARRING, *Property Rights and Land Reform in Namibia*, in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA (ed.), Routledge, 2012.

ANAYA, *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decision about Natural Resources Extraction: the More Fundamental Issues of what Indigenous Peoples Have in Land and Resources*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005, p. 7 ss.

ANAYA, *International Law and Indigenous Peoples*, Trowbridge, 2003.

ANZILOTTI, *Cours de droit international*, III edizione, Parigi, 1929.

ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, in *Recueil de Cours*, 1972-III, p. 431 ss.

ASAMOAHA, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Den Haag, 1966.

ASTON, *Harvesting Green Power*, in *Business Week*, Novembre 2006, p. 61 ss.

AUSTIN, BOCHAREV, *Energy Sovereignty and Security*, Policy Paper 1/2007, East West Institute.

BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State-Owned Enterprises and the Chinese Experience*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2010, p. 1 ss.

BAKWERI, *The New Scramble For Africa*, Boston, 2008.

BANDA, *Farm Workers on Private Agriculture Land Holdings: A Pathway to the Common Settlement of a SADC Land Issues?* in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. II]: Re-conceiving property rights in the new millennium*, CHIGARA (ed.) Londra 2012.

BANTEKAS, *Indigenous Land Rights and Claims under International Law*, in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA (ed.), Londra, 2012.

BARILE, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951.

BARKIN, *The Evolution of the Constitution of Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms*, in *Millennium*, 1998, p. 229 ss.

BARKIN, *The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations*, in *International Organization*, 1994, p. 107 ss.

BARSH, *Indigenous Peoples in the 1990s: From the Object to Subject of International Law?*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 33 ss.

BARUME, *Land rights of indigenous peoples in Africa : with special focus on Central, Eastern en Southern Africa*, IWGIA, 2010.

BASSIOUNI, *The future of Human Rights in the Age of Globalization*, in *Denver Journal of International Law and Policy* 2011-2012, p. 1 ss..

BATTIFOL, in *Revue Critique du Droit International Privé*, 1956, p. 301 ss.

BEHLOLAHVEK, *Energy Security and Energy Sovereignty from the Investment Protection Perspective*, in *Journal of International Trade and Arbitration Law*, 2013, p. 4 ss.

BELLIER, PRÉAUD, *Emerging Issues in Indigenous Rights: Transformative Effects of the Recognition of Indigenous Peoples*, in *The International Journal of Human Rights*, 2012, p. 474 ss.

BENEDEK, DE FEYTER, MARRELLA (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007.

BÉNITAH, *The Law of Subsidies under Gatt-WTO System*, The Hague 2001.

BERTOLI, CRESPI REGHIZZI, *Regulatory Measures, Standards of Treatment and the Law Applicable to Investment Disputes*, in *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, TREVES, SEATZU, TREVISANUT (eds.), Oxford, 2013, p. 36 ss.

BESADA, GOETZ, *The land crisis in Southern Africa: Challenges on good governance*, in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA B. (ed.), Londra, 2012.

BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 861ss.

BEYERLIN, *Sustainable Development* in WOLFRUM (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, p. 716 ss.

BIAGIONI, *Le disposizioni alle quali non si può derogare convenzionalmente*, in SALERNO, FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 Giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2009, p. 629 ss.

BIAGIONI, *Le norme di applicazione necessaria*, in SALERNO, FRANZINA (eds.), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 Giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2009, p. 788 ss.

BIANCHI, *Dismantling the Wall: the ICJ Advisory Opinion and Its Likely Impact on International Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 343. ss.

BIGLINO, *L'accesso alla terra e la realizzazione del diritto al cibo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 173 ss.

BIRNIE, BOYLE, REDGWELL, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, 2009.

BLANCO, *Globalisation and natural resources law : challenges, key issues and perspectives*, New York, 2011.

BLESSING, *Mandatory Rules of Law versus Autonomy in International Law*, in *Journal of International Law Arbitration*, 1997 p. 13 ss.

BOECKSTIEGEL, *Der Staat als Vertraspartner auslaendischer Privatunternehmen*, Berlin, 1974.

BONEL, *International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?* in *Uniform Law Review*, 2012, p. 141 ss.

BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e private*, Milano, 2012.

BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in BOSCHIERO *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (ROMA I)*, Torino, 2009.

BORGHI, BLOMMESTEIN L, *For an effective right o adequate food: Proceedings of the International Seminar "The right to food: A challenge for peace and development in the 21st century"*, Oxford, 2002.

BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla conflict involution europea in materia contrattuale*, in BOSCHIERO (ed.) *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (ROMA I)*, Torino, 2009.

BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990.

BOSCHIERO, *L'ineguaglianza compensatrice: dalla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in PANEBIANCO (ed.) *Dieci anni dalla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati. Italia, Europa, Terzo Mondo*.

BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione, considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del Diritto*, 2005, p. 83 ss.

BOSSIO, ERKOSSA, DILE, MCCARTNEY, KILLICHES, HOFF, *Water Implications of Foreign Direct Investment in Ethiopia's Agricultural Sector*, in *Water Alternatives* 2012, p. 223 ss.

BOTCHWAY (a cura di), *Natural resource investment and Africa's development*, Cheltenham, 2011.

BOURQUIN, *Arbitration and Economic Development Agreements*, in *The Business Lawyer*, 1959/1960, p. 860 ss.

BOWETT, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, in *British Yearbook of International Law*, 1988, p. 49 ss.

BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment* in *Fordham Environmental Law Review*, 2007, p. 471 ss.

BRADBROOK, GARDAM, CORMIER, *A Human Dimension to the Energy Debate: Access to Modern Energy Services* in *Journal of Energy Natural Resources*, 2008, p. 26 ss.

BRADBROOK, *International Law and Renewable Energy, Filling the Void* in *Festschrift fuer Prof. Riedel*, p. 235 ss.

BRADLOW, *The World Bank, the IMF and Human Rights in Transnational Law and Contemporary Issues*, 1996, p. 47 ss.

BREHME, *Souveränität der jungen Nationalstaaten über Naturreichtümer: Die ständige Souveränität über die natürlichen Reichtümer und Hilfsquellen*, Berlin, 1967.

BREWER, YOUNG, *Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Disputes*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 457.

BROWN, WEISS, *In fairness to Future Generations*, New York, 1989.

BROWNLIE, *Legal status of natural resources in international law (some aspects)*, in *Recueil des Cours*, 1979, p. 245 ss.

BROWNLIE, *Rights of Indigeneous Peoples in Modern International Law*, in CRAWFORD (ed.) *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, p. 2 ss.

BUES, THEESFELD, *Water Grabbing and the Role of Power: Shifting Water Governance in the Light of Agricultural Foreign Direct Investment*, in *Water Alternatives* 5, vol. 2, Giugno 2012, p. 266.

CANCADO TRINDADE, *Some Reflections on Basic Issues Concerning the Responsibility of International Organizations*, in RAGAZZI (ed.), *The Law of the International Responsibility of the International Organizations, Studies in Honour of Ian Brownlie*, Cambridge, 2014, p. 4 ss.

CANNER, *The Multilateral Agreement on Investment in Cornell Journal of International Law*, 1998, p. 657 ss

CAPRI, *Non più land grabbing, l'Europa torni alla sua terra*, in *Vita e Pensiero*, 2001, p. 62 ss..

CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali*, in BOSCHIERO, LUZZATTO (eds.), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori, strumenti*, Napoli, 2008, p. 173 ss.

CARDWELL, GROSSMAN, RODGERS, *Agriculture and International Trade, Law Policy and the WTO*, Cambridge, 2003.

CARDWELL, SMITH, *Renegotiation of the WTO Agreement on Agriculture: Accomodating the New Big Issues*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 865 ss.

CARDWELL, *Stretching the boundaries of multifunctionality? An evolving Common Agricultural Policy within the World Trade Legal Order*, in *Research Handbook on the WTO Agriculture Agreement*, p. 272 ss.

CARDWELL, *The Place of Multifunctional Agriculture in World Trade*, in *Agriculture in WTO Law*, p. 379 ss.

CARREAU – JUILLARD, *Droit International économique*, Parigi, 2010.

CARTY, *From the Right To Economic Self-Determination To the Right To Development: A crisis in Legal Theory*, in *Third World Legal Studies*, 1984, pp. 75 ss.

CASABONA, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, EMALDI CIRIÓN, *Global Food Security: Ethical and Legal Challenges*, Paper presentato ad EurSafe 2010, Bilbao, Spagna, 16-18 Settembre, 2010

CASSESE, ALSTON, *Ripensare i diritti umani nel XXI secolo*, Torino, 2003.

CASSESE, *Diritto Internazionale*, GAETA (ed.), Bologna, 2013.

CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Oxford, 1996.

CASTANEDA, *Valeur juridique des Résolutions des Nations Unies*, in *Recueil des Cours 1970-I*, 278 ss.

CASTELLANI, *La difesa delle risorse naturali nel diritto dei paesi Africani*, Milano, 2003.

CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1929, p. 315 ss.

CHAMBOVEY, *How the Expiry of the Peace Clause (Art. 13 of the WTO AoA) Might Alter Disciplines on Agricultural Subsidies in the WTO Framework*, in *Journal of World Trade*, 2002, p. 305 ss.

CHAUMONT, *Cours general de droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1970-I, pp. 398 ss.

CHIGARA (ed.), *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. II]: Re-conceiving property rights in the new millennium*, Londra, Routledge, 2012.

CHIGARA (ed.), *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, Londra, 2012.

CHIGARA, *SADC Within the Region: The African Union (AU) Approach to Land Issues*, in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. II]: Re-conceiving property rights in the new millennium*, CHIGARA (ed.) Londra, 2012.

CHITONGE, *Land Resource Ownership and Use in 'Africa of the Labour Reserves' in the Southern African Development Community (SADC)*, in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA (ed.), Londra, 2012.

CHOI, *WTO Rules and Agricultural Development Cooperation between Developed and Developing Countries* in *The Law and Development Review*, 2011 p. 28 ss.

CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty of States over Natural Resources* in DE WAART (ed.) *International Development Law*, 1994, Boston, p. 309 ss.

CIRKOVIC, *Self-Determination and Indigenous Peoples in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 127 ss.

CITELLI, BARASSI, BELYKH, *Renewable Energy in the International Arena: Legal Aspects and Cooperation* in *Groningen Journal of International Law*, 2014, p. 2 ss.

CITTADINO, *Applying a UNDRIP Lens to the CBD: A More Comprehensive Understanding of Benefit-Sharing*, in *Indigenous Policy Journal*, 2014, p. 2 ss.

CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, 2006.

CLAPP, *The 2012 Food Assistance Convention: Is a Promise Still a Promise?*, <http://triplecrisis.com/the-2012-food-assistance-convention-is-a-promise-still-a-promise/>, 2012.

CLAY, *What's the use of the 2012 Food Assistance Convention?*, <http://www.odi.org.uk/opinion/6656-food-assistance-convention-hunger-food-price>, 2012.

CLAY, *World Agriculture and the Environment: A Commodity-by-Commodity Guide*.

- COLIN, *Interpreting land markets in Africa* Edinburgh, 2010
- COLLIER, LOEWE, *The Settlement of Disputes in International Law*, Cambridge, 1989.
- COMBA, *Neoliberismo internazionale e global economic governance*, Torino, 2008.
- CONDORELLI, *L'imputation à l'État d'un fait internationallement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des Cours*, 1984 – VI, p. 154 ss.
- CONFORTI, *Diritto Internazionale*, ult.ed., Napoli, 2014.
- CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Napoli, 1968.
- CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: «Glissez, mortels, n'appuyez pas»*, in *Revue General Du Droit International*, 2007, p. 5 ss
- COOMANS, KÜNNEMAN *Cases and Concepts on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, 2012.
- COOMANS, *The extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights in Human Rights Law Review*, 2011, p. 1 ss.
- COTTIER, NARTOVA, BIGDELI, *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, 2009.
- COTULA, *Land deals in Africa : what is in the contracts?* International Institute for Environment and Development, 2011.
- COTULA, *Investment contracts and sustainable development: How to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investments*, in *Natural Resource Issues* n. 20, IIED, 2010.
- COTULA, *Stabilization Clauses and the Evolution of Environmental Standards in Foreign Investment Contracts*, in *Yearbook of International Economic Law*, 2006, p.111 ss.
- COTULA, *The international political economy of the global land rush: A critical appraisal of trends, scale, geography and drivers*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 649 ss.
- COULÉE, *Les Développements Contemporains du Droit International de L'eau*, in *VII Anuario Brasileiro De Direito Internacional*, 2010, 159 ss.
- COURTIS SEPULVEDA, *Are extraterritorial obligations Reviewable under the Optional Protocol to the ICESCR?* in *Nordic Journal of Human Rights*, 2009, p.54 ss.

CRAMER, RICHARDS, *Violence and War in Agrarian Perspective*, in *Journal of Agrarian Change*, 2011, p. 277 ss..

CRAWFORD, PELLET, OLLESON (eds.) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.

CRAWFORD, *The Rights of Peoples: "Peoples" or "Governments"*, in CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, p. 57 ss.

CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2008, p. 93 ss.

CREMA *International Investment Law and Common Concern, Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, TREVES, SEATZU, TREVISANUT (eds.), Oxford, 2013, p. 66 ss.

CRESPI REGHIZZI, *Diritto internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Rivista di diritto Internazionale*, 2009, p. 5 ss.

CROFF, *The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: It Is Still a Conflict of Laws Problem*, in *International Law Commercial Arbitration Review*, 1982, p. 613 ss

CURTIS, *Agreement on Trade-Related Investment Measures: A Five Years Review*, in *Comparative Yearbook of International Business*, 2003, p. 233 ss.

CURTIS, *The Legal Security of Economic Development Agreements*, in *Harvard Journal of International Law*, 1988, p. 317.

DAES, *Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, in *Transational Law and Contemporary Problems*, 1993, p. 31 ss.

DATTU, *A Journey from Havana to Paris*, in *Fordham International Law Journal*, p. 275 ss.

DE ARECHAGA, *International Law, in the Past Third of a Century*, in *Recueil des Cours*, 1978 I, p. 134.

DE CESARI, *Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente e norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in BARIATTI, VENTURINI (eds.) *Nuovi Strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009.

DE SANTIS, *Investimenti Diretti Esteri*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012.

DE SCHUTTER ET AL. *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights in Human Rights Quarterly*, 2012, p. 1084 ss.

DE SCHUTTER, CORDES (eds.), *Accounting for hunger: the right to food in the era of globalization*, Oxford, 2011.

DE SCHUTTER, EIDE, KHALFAN, ORELLANA, SALOMON, SEIDERMAN, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, p. 1084 ss.

DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Background paper to the seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights in Brussels on 3-4 November 2006.

DE SCHUTTER, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006 p. 192.

DE SCHUTTER, *International Human Rights Law, Cases, Materials, Commentary*, Cambridge 2014.

DE SCHUTTER, *International Trade in Agriculture and the Right to Food*, in *Accounting for hunger : the right to food in the era of globalization*, Oxford, 2011, p. 137 ss.

DE SCHUTTER, *Le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme, Working Paper, 2005.

DE SCHUTTER, ROSENBLUM, *Large -scale investments in farmland* , in *The Regulatory Challenge*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2010-2011, p. 563 ss.

DE SCHUTTER, *The Green Rush: The Global Race for Farmland and the Rights of Land Users*, in *Harvard Journal of International Law*, 2011, p. 504 ss.

DE SCHUTTER, *The World Trade Organization and the post-global food crisis agenda : putting food security first in the international trade system*, United Nations, 2011.

DE SCHUTTER, *The Emerging Human Right to Land*, in *International Community Law Review*, 2010, p.303 ss.

DE SENA, *Fondo monetario internazionale, Banca Mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in LIGUSTRO, SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, p. 829 ss.

DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

DE SENA, *The Notion Of "Contracting Parties' Jurisdiction" Under Article 1 Of The Echr: Some Marginal Remarks On Nigro's Paper*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 75 ss.

DÉJEAN, PONS, PALLEMAERTS, FIORAVANTI, *Human rights and the environment: compendium of instruments and other international texts on individual and collective rights relating to the environment in the international and European framework*, Council of Europe Pub, Strasbourg, 2002.

DEN HEIJER, LAWSON, *Extraterritorial Human Rights and Jurisdiction*, IN LANGFORD ET. AL.(eds.) *Global Justice and State Duties*, Oxford 2013, p. 153 ss.

DENNIS MICHAEL, STEWART, *Justiciability of economic, social and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the right to food, water, housing and health?* in *American Journal of International Law*, 2004, p. 462 ss.

DESTA, *The Law of International Trade in Agricultural Products, From Gatt to the WTO Agreement on Agriculture*, The Hague, 2002.

DI BON, *I contratti di sfruttamento delle risorse naturali*, in *Commercio Internazionale*, 2009 p. 9 ss.

DI COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2009.

DI STEFANO A., *La crisi alimentare mondiale e il diritto al cibo nelle conclusioni della FAO High-Level Conference On World Food Security*, in *OSSERVATORIO-Diritti economici, sociali e culturali, Diritti umani e diritto Internazionale*, 2008, p. 657 ss.

DINSTEIN, *Collective Human Rights of Peoples and Minorities in International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. ss. 102.

DISTEFANO G., *The Conceptualization (Construction) of Territorial Title in the Light of the International Court of Justice Case Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 1041 ss.

DISTEFANO M., *La globalizzazione agricola tra esigenze di liberalizzazione degli scambi e tutela dei diritti umani*, in SACERDOTI, LIGUSTRO (a cura di) *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011.

DISTEFANO M., *Soluzione delle Controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001.

DOLZER, *Indirect Expropriation of An Alien Property*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 1986, p. 41 ss.

- DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012.
- DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924.
- DÖÖS BO, *Environmental Degradation, Global food production, and risk for large – scale migrations*, in *Ambio* 1994, p. 124 ss.
- DOUGLAS, *The Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, 2003, p. 151 ss.
- DOUGLAS, *The International Law on Investment Claims*, Cambridge, 2009.
- DUPUY R.J., *Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles / The settlement of disputes on the new natural resources*, in *Colloque de l'Academy de droit international de la Haye et de l'Université des Nations Unies*, The Hague, 1983.
- DUPUY R.J., *La coopération régionale transfrontalière et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 1977, p. 849 ss.
- DUPUY, *General Stocktaking of the Connections Between the Multilateral Dimensions of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1053 ss.
- DUPUY, KERBRAT, *Droit International Public*, Parigi, 2010.
- DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international, Cours général de droit international public* in *Recueil des Cours*, 2002 p. 9 ss.
- DUPUY, *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?* in *Revue Générale du Droit International Public*, 1997, p. 883 ss.
- DUPUY, *Un débat débat doctrinal à l'ère de la globalisation: sur la fragmentation du droit international*, in *European Legal Studies*, 2007 p. 1 ss.
- DUPUY, *Unification rather than Fragmentation of International Law? The case of International Investment Law and Human Rights Law*, in DUPUY, PETERSMANN, FRANCIONI (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009.
- DURUIGBO, *Permanent Sovereignty and Peoples Ownership of Natural Resources in International Law*, in *George Washington International Law Review*, 2006, p. 33 ss.
- EIDE (ed.) *Food as a human right*, Tokyo, United Nations University, 1984.
- EIDE, KRACHT (eds.) *Food and Human Rights in Development. Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Antwerpen-Oxford 2005.
- ELIAN, *Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international*, *Recueil Des Cours*, 1976/I, p. 1 ss.

- ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, Oxford, 1974.
- ERKAN, *International Energy Investment Law*, Amsterdam, 2010, p. 3 ss.
- ESCHER, BRADLOW, *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, The Hague, 1999.
- FALCK, *On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly of the United Nations*, in *American Journal of International Law*, 1966, p. 782 ss.
- FARAH, CIMA, *L'energia nel contesto degli Accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche di controllo dei prezzi*, in *Energia ed Organizzazione Mondiale del Commercio*, 2009, p. 345
- FARMER, *Towards a Meaningful Rebirth of Economic Self-Determination: Human Rights Realization in Resource-Rich Countries*, in *International Law and Politics*, 2007, p. 417 ss.
- FEIT, *Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, in *Berkley Journal of International Law*, 2010, p. 142 ss.
- FERREL, *Climate Change and Energy Security*, Cambridge, 2004.
- FEUERLE, *International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Yale Studies on the World Legal Order*, 1977, p. 105 ss.
- FISCHER, *La souveraineté sur les ressources naturelles*, in *Annuaire français du droit international*, 1962, p. 518 ss.
- FITZMAURICE M., *The Human Right to Water*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2009 p. 538 ss.
- FITZMAURICE M., *The Principle of Intergenerational Equity Revisited*, in BUFFARD (ed.) *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, 2008, p. 195 ss.
- FITZMAURICE, *The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 2003 p. 168.
- FITZMAURICE M., *The Question of Indigenous Peoples' Rights: A Time for Reappraisal?*, in FRENCH (ed.) *Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, Boston, 2013.
- FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Roma, 2014.

FODELLA, *International Law and the Diversity of Indigenous Peoples*, in *Vermont Law Review*, p. 30 ss.

FODELLA, PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino 2009.

FORITER, DRYMER, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It or Caveat Investor?* in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 293 ss.

FRANCIONI, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 729 ss. .

FRANCIONI, *Compensation for nationalization of foreign property: the borderland between law and equity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1975, p. 255 ss.

FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979.

FRANCIONI, SCOVAZZI, *International Responsibility for Environmental Harm*, London/Dordrecht/Boston, 1991.

FRANCIONI, *Sviluppo sostenibile e principio di diritto internazionale dell'ambiente*, in FOIS (ed.) *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Atti dell'IX Convegno della Sidi, Alghero, 16- 17 Giugno, Napoli, 2007, p. 47 ss.

FRANCIONI, *Alternative perspectives on international responsibility for human rights violations by multinational corporations*, in BENEDEK, DE FEYTER, MARRELLA (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, p.245 ss.

FREEMAN, *Are There Collective Human Rights*, in *Political Studies*, 1995, p. 25 ss.

FREESTONE, HEY, *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, 1994.

FRENCH, *Sustainable Development*, in FITSMAURICE, ONG (eds.) *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, 2011, p. 61 ss.

FRIGO, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in, PICONE, SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia: raccolta sistematica dei principali atti normativi internazionali ed interni con testi introduttivi e note*, Milano, 1982.

FRIGO, *Nazionalizzazioni e Diritto internazionale*, in *Economia Pubblica*, 1978, p. 316 ss.

GAILLARD, BANIFATEMI, *The meaning of “and” in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, in *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 2003, p. 397 ss.

GAILLARD, FOUCHARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1996.

GAILLARD, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, p. 403 ss.

GAILLARD, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims, the SGS Cases Considered*, in WEILER (ed.) *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londra, 2005, p. 325 ss.

GAJA, *Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations Erga Omnes by Other States?*, in RAGAZZI (ed.) *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, 2005, p. 31 ss.

GAJA, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, *Digesto*, vol. IX, Pubbl., 1996, p. 536 ss.

GALGANO, MARRELLA, *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale*, Padova, 2010.

GARCIA-AMADOR, *The Proposed New International Economic Order, A New Approach*, in *Lawyer of the Americas*, 1980, p. 1 ss.

GARGIULO, *Il Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in VENTURINI, BARIATTI (eds.) *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009.

GAUKRODGER, *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*, OECD Working Papers on International Investment, 2010.

GEISS, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Analytical Review of the United Nations Declaration and Its Genesis* in *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, p. 398 ss.

GHAI, *Access to Land and Justice : Anatomy of a State without the Rule of Law, in Marginalized Communities and Access to Justice*, Londra, 2010

GIARDINA, *La legittimità internazionale dell'indennizzo*, in *Democrazia e Diritto*, 1970, p. 256 ss.

GIARDINA, *Le legge regolatrice dei contratti d'investimento*, in *Rivista Italiana di Diritto Internazionale privato e processuale*, 1982, p. 682 ss.

GIARDINA, *State Contracts: National v. International Law?* in *Italian Yearbook of International Law*, 1980/1981, p. 147 ss.

GIBB, VEUTHEY, *How Do Disasters Shape Food Sovereignty in the Philippines? Exploring the Reciprocal Relationships between Food and Disaster* in *Philippine Journal of Third World Studies*, 2011 p. 341 ss.

GIBNEY, SKOGLY, *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* University of Pennsylvania Press, 2010.

GILBERT, KEANE, *The New Scramble for Africa: Towards a Human-Rights Based Approach to Large-Scale Land Acquisitions in the Southern African Development Community (SADC) Sub-Region*, in *Towards a new sustainable land relations policy; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA (ed.), Londra 2012.

GILBERT G., *Individuals, Collectives and Rights*, in GHANEA, XANTHAKI (eds.) *Minorities, Peoples And Self-determination: Essays In Honour Of Patrick Thornberry*, Leiden, 2005.

GILBERT J. *Custodians of the Land : Indigenous Peoples, Human Rights and Cultural Integrity*, in LANFIELD, LOGAN, CRAITH (eds), *Cultural Diversity, Heritage and Human Rights: Intersections in Theory and Practice*, Londra, 2010.

GILBERT J., *The Right to Freely Dispose of Natural Resources*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2013, p. 314 ss.

GIMENEZ, PIMBERT, BOUKARY ET AL., *Linking farmers' movements for advocacy and Practice*, in *Journal of Peasant Studies*, 2010, p. 203 ss.

GIMENEZ, SHATTUCK, *Food crises, food regimes and food movements: rumblings of reform or tides of transformation?*, in *Journal of Peasant Studies*, 2011, p. 109 ss.

GIOS, RAFFAELLI, *Dalla "terra" alla sostenibilità. Alcune osservazioni sul ruolo delle risorse naturali nel pensiero economico*, in *Rivista di economia agraria*, 2003, p. 140 ss.

GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950.

GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruxelles, 2011.

GOLAY, CISMAS, *Legal Opinion on the Right to Property from a Human Rights' Perspective*. Rights & Democracy, 2010.

GOLDMANN, *The Applicable Law: General Principles*, Leiden, 1977.

GRADONI, *Organizzazioni internazionali in competizione tra loro: il caso del diritto individuale all'alimentazione e la spettacolarizzazione della lotta alla fame, Il futuro delle Organizzazioni Internazionali, Prospettive giuridiche*, XIX Convegno Annuale SIDI, Courmayeur 26 – 28 Giugno 2014.

GRIFFIN, *Economic Globalization and Institutions of Global Governance*, in *Development and Change*, 2003, p. 789 ss.

GROSSMAN, *Multifunctionality and Non-Trade Concerns*, in *Agriculture and International Trade*, p. 85 ss.

GTZ – *Foreign Direct Investment in Land in Developing Countries*, Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit, 2009.

HAEBERLI, SMITH, *Food Security and Agri-Foreign Direct Investment in Weak States: Finding the Governance Gap to Avoid "Land Grab"*, in *The Modern Law Review*, 2014, p. 189 ss.

HALL, *Land grabbing in southern Africa: The many faces of the investor rush*, in *Review of African Political Economy*, 2011, p. 193 ss.

HALLAM, CUFFARO, *Land Grabbing nei Paesi in via di sviluppo: investitori esteri, regolamentazione e codici di condotta*, in *Rivista dell'associazione Rossi-Doria*, 2011, p. 131 ss.

HANNUM, *Rethinking Self-Determination in The Post-Colonial Era*, in *Virginia Journal of International Law*, 1993, p. 33 ss.

HARISSOU, *La terre, un droit humain. Micropropriété, paix sociale et développement*, Paris, 2011.

HIGGINS, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1982, 2002-1, p. 80 ss.

HIGGINS, *The United Nations and Law-making: the Political Organs*, in *ASIL Proceedings*, 1970, p. 47 ss.

HORSMAN, MARSHALL, *After the Nation - State, Citizens, Tribalism and the New World Disorder*, Londra, 1994.

HOSPES, HADIPRAYITNO (eds), *Governing Food Security: Law, Politics and the Right to Food*, Wageningen, 2010.

HOSSAIN, CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law: Principle and Practice*, Londra 1984.

HOSSAIN, *Permanent sovereignty over natural resources in International Law: Principle and Practice*, New York, 1983.

HOWSE, *Fragmentation and Utopia: Towards an Equitable Integration of Finance, Trade, and Sustainable Development in Realizing Utopia*, CASSESE (ed.), Oxford, 2006, p. 428 ss.

HOWSE, *Sovereignty, Lost and Found* in SHAN, SIMONS, SINGH (eds.), *Redefining sovereignty in international economic law*, in *Studies in international trade law*, Oxford, 2008.

HUNER, *Lessons from the MAI: A View from the Negotiating Table*, in WARD, BRACK (eds.), *Trade, Investment and the Environment*, The Hague, 2001.

IOLI, LIOTTA, *Dalla povertà alla proprietà*, in *Editoriale dell'UINL*, 3/2012

JENNINGS, *State Contracts in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1937, p. 342 ss.

JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1965.

JONES, *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights* in *Human Rights Quarterly*, 1990 p. 80 ss.

JOVANOVIC, *Are There Universal Collective Rights?* in *Human Rights Review*, 2010 p. 17 ss.

KAEMMERER, *Colonialism*, in WOLFRUM (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

KAHN, *The Law Applicable to Foreign Investments: the Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Indiana Law Journal*, 1968, p. 13.

KELSEN, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts*, Tuebingen, 1920.

KENDALL, HENRY, PIMENTEL, *Constraints on the expansion of the global food supply*, in *Ambio*, 1994, p. 198 ss.

KENT (ed), *Global Obligations for the Right to Food*, Rowman & Littlefield, New York, 2008.

KENT, *Freedom from Want. The Human Right to Adequate Food*, Washington D. C., 2005.

KINGSBURY, *Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: the World Bank and Indigenous People*, in TALMON (ed.), p. 323 ss.

KINSELLA, COMEAUX, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and Miga and OPIC Investment Insurance*, in *NY Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, p. 20 ss

KIREEVA, O'CONNOR, *The Agreement on Agriculture and Dispute Settlement*, in O'CONNOR, *Agriculture in WTO Law*, Londra, 2007

KISCHEL, *State Contracts*, Stuttgart, 1994.

KIWANUKA, *The Meaning of People in the African Charter on Human and Peoples' Rights*, in *The American Journal of International Law*, 1988, p. 80 ss.

KNIGHT, ADAMS, *Land Policy Developments and Setbacks in Southern Africa*, in *Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA B. (a cura di), Routledge, Londra, 2012

KOHEN, *Territory, Acquisition* in WOLFRUM (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, vol. IX, p. 887 ss.

KOLO, *Dispute Settlement and Sustainable Development of Natural Resources in Africa* in BOTCHWAY F. (a cura di) *Natural resource investment and Africa's development*, Londra, 2011.

KOULEN, *Foreign Investment in the WTO*, in NIEUWENHUYIS, BRUS (eds), *Multilateral Regulation of Investment*, The Hague, 2001, p. 183 ss.

KUGELMAN, LEVENSTEIN, *Land Grab? The Race for the World's Farmland*, Woodrow Wilson Center of International Studies, 2009.

KULICK, *Global Public Interest in International and Comparative Law*, Cambridge, 2012.

LABONTÉ, SCHRECKER, *Introduction: Globalization's Challenges to People's Health*, in LABONTÉ, SCHRECKER, PACKER, RUNNELS (eds.), *Globalization and Health: Pathways, Evidence and Policy*, Londra 2009.

LALIVE, *Contrats d'État ou entreprise étatiques et personnes privées. Développements recentes*, in *Recueil des Cours*, 1983 III, p. 9 ss.

LALIVE, *L'ordre public transnational et l'arbitre international*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, VENTURINI, BARIATTI (eds), p. 567 ss.

LAMBEK, PLAIEYS ET AL. *Rethinking Food Systems: Structural Challenges, New Strategies and the Law*, Oxford, 2014.

LANDO, *Choice of Law Rules for Arbitrators*, in *Festschrift fuer Konrad Zweigert*, 1981, p. 157 ss.

LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*,. p. 1985 p. 747 ss.

LANG, *Re-Righting International Trade: Some Critical Thoughts on the Contemporary Trade and Human Rights Literature* in SHAN, SIMONS, SINGH (eds.), *Redefining sovereignty in international economic law*, in *Studies in international trade law*, Oxford, 2008.

LANGA, *Taking Dignity Seriously. Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2009, pp. 29 ss.

LARYEA, *Contractual Arrangements for Resource Investment* in BOTCHWAY F. (a cura di), *Natural resource investment and Africa's development*, Londra, 2011.

LARYEA, *Evolution of International Investment Law and Implications for Africa* in *Natural resource investment and Africa's development*, BOTCHWAY F. (a cura di), Londra, 2011.

LAVIEC, *Protection et promotion des investissements, étude de droit International économique*, Publications de l'Institut universitaire des hautes études internationales, Ginevra, 1985.

LE BOULANGER, *Les Contrats entre états et entreprise étrangères*, Paris, 1985.

LEADER, *Human Rights, Risks and New Strategies for Global Investment*, in *Journal of International Economic Law*, 2006, p. 658 ss

LEBEN, *L'évolution de la notion de contrat d'état*, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 629 ss.

LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *Recueil des Cours*, 2003 III, p. 197 ss.

LEE, *Food Security and Food Sovereignty*, in *Centre for Rural Economy Discussion Paper Series No. 11*, Marzo 2007.

LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, Parigi, 2005

LILY, *Whose Land Is It?*, CED 2009.

LORD MCNAIR, *The Law of Treaties*, Cambridge, 1961

LOWE, *Jurisdiction*, in EVANS (ed.), *International Law*, Cambridge, 2006.

- LOWE, *Sovereignty and International Economic Law*, in SHAN, SIMONS, SINGH (eds.), *Redefining sovereignty in international economic law*, in *Studies in international trade law*, Oxford, 2008.
- LOWE, *Sustainable Developments and Unsustainable Arguments*, in BOYLE, FREESTONE (eds.), p. 19 ss.
- LOWENFELD, *Investment agreements and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 123 ss.
- LUFF, *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Parigi, 2004
- LUZZATTO, *Illecito Internazionale in Le droit international a l'heure de sa codification, Études en l'honneur di Roberto Ago*, vol. III, Milano, 1987, p. 167 ss.
- MAHON, *Progress at the Front: The Draft OP-ICESCR*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 617 ss.
- MANFREDI, *Land Investments And «Land Grabbing» The Need For A Legal Framework*, in *Diritto del commercio internazionale*, p. 803 ss.
- MANIRUZZAMAN, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 309 ss.
- MANN, *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, in *British Yearbook of International Law*, 1987, p. 34 ss.
- MANN, *The Right of the State to Regulate and International Investment Law, Paper for Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context*, Ginevra, 6–8 Novembre 2002
- MARCELLI, *Acqua, sovranità sulle risorse naturali e patrimonio comune dell'umanità*, in *Giano pace ambiente e problemi globali*, 2005 p. 33 ss.
- MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, p. 567 ss.
- MARGULIS, PORTER, *Governing the Global Land Grab: Multipolarity, Ideas and Complexity in Transnational Governance*, in *Globalizations*, 2013, p. 65 ss.
- MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in BOSCHIERO (ed.), *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (ROMA I)*, Torino, 2009.

MARRELLA, *Human rights, arbitration, and corporate social responsibility in the law of international trade*, in BENEDEK, DE FEYTER, MARRELLA (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007.

MARRELLA, *Regolamentazione internazionale e responsabilità globale delle imprese transnazionali*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 229 e ss.

MARRELLA, *The Right to Water and Icsid Arbitration: Two Sides of the Same Coin or An Example of Fragmentation of International Law? Current problems of contemporary international law: Proceedings of the Annual Scientific Conference, Mosca 9-10 Aprile 2010*, in *Materials of the Annual Inter-University Scientific Conference of Russia, Moscow, Peoples' Friendship University of Russia*, pp. 11 ss..

MATONDI, HAVNEVIK, BEYENE, *Biofuels, Land Grabbing and Food Security in Africa*, Londra, 2011.

MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

MAYER, *Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung)*, in FOUCHARD, KAHN ET. AL.(dirs), *Le droit des relations économiques internationale. Études offertes à B. Goldman*, Parigi, 1982, p. 199 ss.

MCCORQUODALE, SIMONS, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, in *Modern Law Review*, 2007, p. 608 ss

MCLACHLAN, *Investment Treaties and General Investment Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 36 ss.

MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279 ss.

MCMAHON, *EU Biofuels Policy – Raising the question of WTO Compatibility*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 713 ss.

MCMAHON, GEBOYE DESTA (eds), *Research Handbook on the WTO Agriculture Agreement*, Northampton, 2012

MCNAIR, *The General Principles of Law Recognized by Civilised Nations*, *British Yearbook of International Law*, 1975, p. 1 ss.

MEIER, *Bioenergy, Neither Golden Solution, Nor Prescription for Disaster*, in *Climate Change and Energy Insecurity*, p. 35 ss.

MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in *American Journal of International Law*, 1995,p. 78 ss.

- MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1984.
- MILANO, *Unlawful Territorial Situations in International Law. Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*, Leiden, 2006.
- MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011.
- MONSALVE SUÁREZ, *Access to land and productive resources*. FIAN International, 2006.
- MORGERA, *No Need to Reinvent the Wheel for a Human Rights-Based Approach to Tackling Climate Change: The Contribution of International Biodiversity Law*, in *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 2012, p. 15
- MOWBRAY, *The Right to Food and the International Economic System: An Assessment of the Rights Based Approach to the Problem of World Hunger*, in *Leiden Journal of International Law*, 2007, p. 545 ss.
- MUCHLINSKI, *The Right to Economic Self-Determination*, in ADAMS (ed.) *Essays for Clive Schmitthoff*, Abingdon, 1984, p. 73 ss.
- MUCHLINSKI, *The Rise and Fall of the MAI: where now?* in FLETCHER, MISTELIS, CREMONA (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, The Hague, 2000 p. 1033 ss.
- MUNARI, SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente Principi, regole, problemi*, Bologna, 2012, p. 128 ss.
- MURASE, *Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues*, in *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1995, p. 283 ss.
- MURPHY, *Compensation for Nationalisation in International Law*, in *South Africa Law Journal*, 1993, p. 79 ss.
- MURPHY, *Land Grabs and Fragile Food Systems: The Role of Globalization*, in *Institute for Agriculture and Trade Policy Paper*, 2013.
- MURPHY, *Trade and Food Reserves: What role does the WTO play?* in *Institute for Agriculture and Trade Policy Papers*, 2010.
- MURRAY, *Deconstructing SADC Land Relations: Towards a New, Sustainable Land Relations Policy?*, in *Towards a new sustainable land relations polic ; [Vol. II]: Re-conceiving property rights in the new millennium*, CHIGARA B. (a cura di), Londra, 2012.

MYERS, *Private Law and Responsible Agricultural Investment Select Legal Issues for Consideration by UNIDROIT*, in *Uniform Law Review*, 2012, p. 119 ss.

NARULA, *The right to food: holding global actors accountable under international law* in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006, p. 691 ss.

NEUFELD, *Trade and Investment*, in *The Oxford Handbook on International Investment Law*, MUCHLISNKI, FORTINO, (eds.), Oxford, 2012, p. 624 ss.

NEUMAYER, SPESS, *Do Bilateral Investment Treaties increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*, in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flow*, SAUVANT, SACHS (eds), Oxford, 2010.

NEWCOMBE, *The Boundaries of Regulatory Expropriation*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2005 p. 1 ss.

NEWMAN, *Collective rights Community and collective rights : a theoretical framework for rights held by groups*, Oxford, 2011.

NIELSEN, *Farmer's Use of the Courts in an Anti-Land Acquisition Movement in India's West Bengal*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 2009, p. 121 ss.

NOELLKAEMPER, NIJMANN, (eds) *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007.

NOURRISSAT, *L'action du notariat en matière de titrement*, in *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n. 44, 5 nov. 2010 e n. 45, 12 nov. 2010.

NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, II ed., Strasbourg, 2005.

O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on "Life after Bankovic"*, in COOMANS KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, 2004, p. 125 ss.

O'CONNOR, *Agriculture in WTO Law*, Londra, 2007.

O'KEEFE, *The United Nations and Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Journal of World Trade Law*, 1974, p. 239 ss.

OAKLAND INSTITUTE *Understanding Land Investment Deals in Africa*, September 2012.

ORAKELASHIVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 240 ss.

ORAKHELASHIVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006.

OTTO, HOEKEMA (ed), *Fair land governance: how to legalise land rights for rural development*, Leiden University Press, 2012.

OXFAM ITALIA, *La nuova corsa all'oro: Lo scandalo dell'accaparramento delle terre nel Sud del Mondo*, Settembre 2011.

PAASIVIRTA, *Internationalization and stabilization of contracts v. State Sovereignty*, in *British Yearbook of International Law*, 1989, p. 875 ss.

PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, 2012, p. 121 ss.

PAOLONI, *I nuovi percorsi della food security: dal diritto al cibo adeguato alla sovranità alimentare*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2011, p. 159 ss.

PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia e tutela di valori collettivi nella sentenza sul caso Belgio c. Senegal*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 79 ss

PATEL, *Food sovereignty*, in *Journal of Peasant Studies*, 2009, p. 663.

PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ss.

PAULSSON, *The Extent of Indipendence of International Arbitration from the Law of the Situs*, in: LEW (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, New York, 1987 p. 234 ss.

PAUWELJN, JOOST, (eds.), *Conflict of Norms in Public International Law*, Boston, 2003

PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, 2003

PELLET, DAILLEUR, FORTEAU, *Droit International Public*, Parigi, 2010.

PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit*, Parigi, 1974.

PELUSO, LUND, *New Frontiers of Land Control: Introduction*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2011, p. 667 ss.

PENTASSUGLIA, *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 165 ss.

PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005.

PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, Milano, 2005

PETERS, SCHRIJVER, DE WAART, *Responsibility of States in Respect of the Exercise of Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analysis of Some Principles of the Seoul Declaration (1986) by the International Law Association*, in *Netherlands International Law Review*, 1989, p. 285 ss.

PETERSON, GARLAND, *Bilateral investment treaties and land reform in southern Africa*, Montreal, 2010.

PETERSON, *Bilateral investment treaties and land reform in southern Africa*, in *Rights & Democracy*, International Centre for Human Rights and Democratic Development, Montreal, 2010.

PETERSON, *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration*, in *Rights & Democracy* International Centre for Human Rights and Democratic Development Montreal, 2009.

PHILPOT, *Usurping the Sovereignty of Sovereignty?* in *World Politics*, 2001, p. 297 ss

PHILPOTT, *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*, Princeton, 2001.

PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 34 ss

PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, Napoli, 2013, p. 629 ss.

PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002.

PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, riprodotto in *Comunità Internazionale ed Obblighi Erga Omnes*, Napoli, 2006 p. 600 ss

PICONE, *Ordine economico internazionale*, in *Diritto internazionale dell'economia*, in PICONE, SACERDOTI (eds.), 1982, Milano, p. 161 ss

PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in FERRARA, SANDULLI (eds.), *Trattato di diritto dell'Ambiente*, I, p. 83 ss.

PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, 2006, 175 ss.

PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in PALMISANO, PUSTORINO (eds.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Roma, 2008, p. 19 ss.

PITEA, *Diritto Internazionale e Democrazia Ambientale*, Napoli, 2013, p. 110 ss.

PITEA, *Protezione dell'Ambiente e Tutela dei Diritti Umani*, in FODELLA, PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 133 ss.

QUADRI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1963, p. 263 ss.

QURESHI, *International economic law ; Vol. V: International development law*, Londra, 2011

RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police: considerations sur les conflits de jurisdiction dans le commerce international*, in *Recueil des Cours*, 2005, p. 269.

RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules and International Arbitration*, in *The American Journal of International Arbitration*, 2012, p. 49 ss.

RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 1997.

RAHMATO, *Peasant and agrarian reforms: The unfinished quest for secure land rights in Ethiopia* in *Legalising Land Rights : Local Practices, State Responses and Tenure Security in Africa, Asia and Latin America*, UBINK, HOEKEMA, ASSIES (eds.), Leiden University Press, 2009.

RAYFUSE, *Biological Resources*, in BODANSKY ET AL (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007, p. 374 ss.

RAZ, *Ethics in the Public Domain; Essays in the Morality of Law and Politics*, 1995, p. 215.

RAZZAQUE, *Human Rights to a clean environment: Procedural Rights*, in FITSMAURICE; ONG (eds.) *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, 2009, p. 284 ss.

RAZZAQUE, *Trading Water, the Human Factor* in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2004, p. 15 ss.

REDGWELL, BARTON, ROENNE, *Energy Security, Managing Risk in a Dynamic Legal and Regulatory Environment*, Oxford, 2004.

REDGWELL, *International Energy Law*, Cambridge, 2009.

REINER, SCHREUER *Human Rights and International Investment Arbitration*, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, DUPUY, PETERSMANN, FRANCIONI (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009.

REUS-SMITH, *Human Rights and the Social Construction of Sovereignty*, in *Review of International Studies*, 2001, p.519 ss.

RICCI, *Il diritto al cibo sicuro nel diritto internazionale. Spunti di riflessione*, in *Diritto e Ambiente*, Roma, 2012.

RITCHIE, DAWKINS, *WTO Food and Agricultural Rules: Sustainable Agriculture and the Human Right to Food*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 2000, p. 9 ss.

RØNNE, *Public and Private Rights to Natural Resources and Differences in their Protection*, in *Property and the law in energy and natural resources*, pp. 60 -79, Oxford 2010.

ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Parigi, 1983.

ROSENBLUM, MAPLES, *Contracts confidential: Ending secret deals in the extractive industries*, New York, 2009.

ROSENNE, *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, II, p. 60.

ROSSET, ET AL., *The Campesino-to-Campesino Agroecology Movement of ANAP in Cuba: Social Process Methodology in the Construction of Sustainable Peasant Agriculture and Food Sovereignty*, in *Journal of Peasant Studies*, 2011, p. 29 ss.

ROZANOV, *Who Holds the Wealth of Nations*, in *Central Banking Journal*, 2005, p. 52 ss

RUPPEL, *Land Issues before the Southern African Development Community (SADC) Tribunal: A Case for Human Rights?*, in *Towards a new sustainable land relations policy; [Vol. I]: Southern Africa development community land issues : a new, sustainable land relations policy*, CHIGARA B. (ed.), Londra, 2012.

SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on investment protection*, in *Recueil des Cours*, 1997, p. 251 ss.

SACERDOTI, *I contratti fra Stati e Stranieri nel Diritto Internazionale*, Milano, 1972.

SALOMON SEIDERMAN, *Human Rights Norms for a Globalized World: The Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights* in *Global Policy Journal*, Novembre 2012.

SANDERS, *Codes of Conduct and Sources of Law*, in *Études Goldman*, p. 281 ss.

SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003.

SARUCHERA, MANZANA, *Land and Resource Rights, Tenure Arrangements and Reform in Community Based Natural Resource Management in SADC in Towards a new sustainable land relations policy ; [Vol. II]: Re-conceiving property rights in the new millennium*, CHIGARA B. (ed.), Londra, 2012

SASSEN, *Land Grabs Today: Feeding the Disassembling of National Territory*, in *Globalizations*, 2013, p. 25 ss.

SASSON, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration, the Unsettled Relationship between International and Municipal Law*, Leiden, 2012.

SATURNINO, BORRAS, FRANCO, *From Threat to Opportunity? Problems with the Idea of a "Code of Conduct" for Land-Grabbing*, in *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 2010, p. 507 ss.

SAUL, KINLEY, MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Commentary, Cases and Material*, Oxford, 2014, pp. 67 ss.

SAWYER, *The politics of resource extraction: indigenous peoples, multinational corporations, and the State*, New York, 2012.

SAX, *Land Use Regulation: Time to Think About Fairness*, in *Natural Resources Journal*, 2010, p. 455 ss.

SCHACHTER *Sharing the World's Resources* Columbia University Press, New York, 1977.

SCHANBACHER, *The politics of food : the global conflict between food security and food sovereignty*, Praeger Security International, 2010.

SCHILL, *Contracting with Foreigner: International Investment Law Implications*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, NOGUELLOU, ROZEN, STELKENS, ULRICH (eds.). Brüssel 2010.

SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, in SCHILL (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, p. 151 ss.

SCHILL, *Lex Mercatoria*, in WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

SCHILL, *The Interface between National and International Energy Law*, in KIM, TALUS (eds.) *Research Handbook on International Energy Law*, Boston, 2014, p. 56 ss.

SCHILL, *The Multilateralization of International Law*, Oxford, 2009

SCHREUER, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims, the Vivendi I case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londra, 2005, p. 281 ss

SCHREUER, *The ICSID Convention, A commentary*, Cambridge, 2001.

SCHREUER, *Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2004, p. 231 ss.

SCHRIJVER, *Introduction and Sovereignty over Natural Resources as a Basis for Sustainable Development*, in: *International Economic Law : Critical Concepts in Law*, in QURESHI, GAO, (eds.), Londra, 2010.

SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997.

SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Boston, 2008.

SCHRIJVER, *Unravelling State Sovereignty: the Controversy on the Right of Indigenous Peoples to Permanent Sovereignty over their Natural Wealth and Resources*, in *Changing perceptions of sovereignty and human rights: essays in honour of Cees Flinterman*, BOEREFIJN, GOLDSCHMIDT (eds.), Cambridge, 2008.

SCHROEDER, *Precautionary Principle/Approach*, in WOLFRUM (ed.) *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2009.

SCHWARTZ, *Implementing Intergenerational Equity*, in FITSMAURICE, ONG (eds.) *Research Handbook on International Environmental Law*, 2011, p. 243 ss.

SCHWEBEL, *The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law*, in *ASIL Proceedings*, 1979, p. 303 ss.

SCOVAZZI, *La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1989, p. 485 ss.

SEATZU, *Il Panel di ispezione della Banca Mondiale*, Torino, 2008

SEATZU, *On the Roles and Responsibilities of the World Bank and its Affiliate Institutions in Agriculture and Water (Mis)Investments*, in *Indian Journal of International Law*, 2011, p. 485 ss.

SEN, *The right not to be hungry*, in FLOISTAD (ed.) *Contemporary Philosophy*, The Hague, 1982.

SHAN, SIMONS, SINGH (eds.) , *Redefining sovereignty in international economic law*, in *Studies in international trade law*, Oxford, 2008.

SHAN, *General Report on Protection of Foreign Investment*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2009, p. 448 ss.

SHAW, *International Law*, Cambridge, 2008

Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, 2011.

SHIHATA, *The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Legal Treatment of Foreign Investment*, in *Recueil des Cours*, 1987, p. 95 ss.

SILVESTRI, *Investimenti Diretti Esteri, Land Deals e Tutela dei Diritti Umani*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Atti del XVI Convegno Sidi, Catania, 23 -24 Giugno 2011, pp. 503 - 520.

SIMMA, *Foreign Investment Arbitration, A Place for Human Rights?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 576.

SIMMA, PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 483 ss

SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherland Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss.

SIMONS, *Should states ratify protocol? Process and consequences of the optional protocol of the ICESCR*, in *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter : Nordic Journal of Human Rights*, 2009, p. 64 ss.

SIMONS, *Binding the Hand that Feeds Them: The Agreement on Agriculture, Transnational Corporations and the Right to Adequate Food in Developing Countries* in SHAN, SIMONS, SINGH (eds.), *Redefining sovereignty in international economic law*, in *Studies in international trade law*, Oxford, 2008.

SMALLER, MANN, *A Thirst for Distant Lands: Foreign Investment in Agricultural land and Water*, International Institute for Sustainable Development, 2009.

SMITH, *Food Security and International Agricultural Trade Regulation: old problems, new perspectives*, in MCMAHON ET AL. (eds.) *Research handbook on the WTO Agriculture Agreement*, 2012, Cheltenham.

SMITH, *Multifunctionality and Non-Trade Concerns in the Agriculture Negotiations*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 707 ss.

SÖLLNER, *The Breakthrough of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the interpretation of the Human Right to Food*, in WOLFRUM, (ed), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, p. 391 ss.

SORNARAJAH, *International Commercial Arbitration, The Problem of State Contracts*, Cambridge 1990, p. 3 ss.

SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, II ed. , Cambridge, 2010.

SORNARAJAH, *The Myth of International Contract Law*, in *Journal of World Trade Law*, 1981, p. 187 ss.

SORNARAJAH, *The Problem of Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2000.

SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1976, p. 469 ss.

SPERDUTI, *Sovranità territoriale, atti di disposizione territoriale ed effettività in diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1958, p. 405 ss.

SPINEDI, *International Crimes of State. The legislative History*, in WEILER, CASSESE, SPINEDI (eds.) *International Crimes of State, A critical analysis of art. 19 of the Draft Articles on State Responsibility*, Berlino, 1989

SSENYONJO, *Land Ownership and Economic, Social and Cultural Rights in the Southern African Development Community (SADC)*, in *Towards a new sustainable land relations policy; [Vol. II]: Re-conceiving property rights in the new millennium*, CHIGARA B. (Ed.), Londra, 2012.

STEBEK, *Between “land grabs” and agricultural investment: land rent contracts with foreign investors and Ethiopia’s normative setting in focus*, in *Mizan Law Review*, Dicembre 2011, p 175 ss.

STEPHENS, *The Global Land Grab: An Analysis of Extant Governance Institutions*, in *International Affairs Review*, 2011 p. 1 ss.

STERN, *The Future of International Investment Law: A Balance between the Protection of Investors and the States’ Capacity to Regulate*, in SAUVANT (ed.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations Realities, Options*, Oxford, 2011

STRANGE, *The Defective State*, in *Daedalus Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 1995, p. 55 ss.

SULIMAN,
Land Tenure/Use Problem : Conflict between Customary and Statutory Laws, in *The Darfur conflict : geography or institutions?*, New York, 2011, p. 134 ss.

SUMMERS, *The Internal and External Aspect of Self-Determination Reconsidered*, in RICHARDSON, IMAI, MCNEIL (eds) *Indigenous People and the Law, Comparative and Critical Perspectives*, Boston, 2006, p. 231 ss.

SUSSMAN, *The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable development*, in NEWCOMBE (ed.) *Sustainable Development in World Investment Law*, Oxford, 2012.

SWITZER, *Biofuels, Food Security and the WTO Agreement on Agriculture*, in MCMAHON ET AL. (EDS.) *Research handbook on the WTO Agriculture Agreement: new and emerging issues in international agricultural trade law*, 2012, p. 250 ss.

TELETSETSKY, *Resource Conflicts over Arable Land in Food Insecure States: Creating an United Nations Ombudsman Institution to Review Foreign Agricultural, Land Leases*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2011, pp. 283 ss

THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Oxford, 2002, p. 33 ss.

TOMASEVSKI (ed), *The Right to food: guide through applicable international law*, Dordrecht, 1987.

TORBISCO CASALS, *Group rights as human rights: a liberal approach to multiculturalism*, Dordrecht, 2006.

TRAMONTANA, *I diritti dei popoli indigeni sulle risorse naturali in una recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *OSSERVATORIO - Popoli e Minoranze – Popoli e Minoranza, Diritti umani e diritto Internazionale*, 2008, p. 673 ss.

TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005

TREVES, *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, 2008, p. 823 ss.

TREWEEK, BROWN BUBB, *Assessing Biodiversity Impacts of Trade: a Review of Challenges in the Agriculture Sector*, Dicembre 2006 disponibile su <http://www.cbd.int/impact/case-studies/cs-impact-iapa24-4-treweek-et-al-2006-en.pdf>

UBINK, HOEKEMA, ASSIES (eds.), *Legalising Land Rights: Local Practices, State Responses and Tenure Security in Africa, Asia and Latin America*, Leiden University Press, 2009.

UBINK, *Legalising land rights in Africa, Asia and Latin America: An introduction*, in *Legalising Land Rights : Local Practices, State Responses and Tenure Security in Africa, Asia and Latin America*, UBINK, HOEKEMA, ASSIES (eds.), Leiden, 2009.

VAISHNAV, *Increasing food production in Sub – Saharian Africa through farmer – managed small- scale irrigation development*, in *Ambio* 1994., p. 524 ss.

VALENTINE, *The Fuzzy Nature of Energy Security*, in SOVACOL (ed.) *The Routledge Handbook of Energy Security*, Londra, p. 47 ss.

VAN AAKEN, *International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis*, in *Journal of international economic law*, 2009, p. 507 ss.

VANDENBOGAERDE, WOUTER, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: an Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process* in *Human Rights Law Review* , 2010, p. 207 ss.

VANZETTI, WYEN, *The “Multifunctionality” of Agriculture and Its Implications for Policy*, in INGO, NASH (eds) *Agriculture and the WTO: creating a trading system for development*, The World Bank, 2004, p. 167 ss.

VERDROSS, *Die Verfassung der Voelkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926

VERDROSS, *Quasi- International Agreements and International Economic Transaction*, in *Yearbook of World Affairs*, 1964, p. 230 ss.

VERMEULEN, COTULA, *Over the Heads of Local People: Consultation, Consent and compensate in large - scale Land Deals for Biofuels Projects in Africa*, in *Journal of Peasant Studies*, 2010, p. 899 ss.

VIVERO POL, *What is the value-added of the new Food Assistance Convention 2012?*, <http://hungerpolitics.wordpress.com>, Luglio 2012.

VON LISZT, *Le droit international*, Parigi, 1913, IX edizione.

VOSS, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden, 2011, p. 14 ss

WALKER, *Land, memory, reconstruction, and justice : perspectives on land claims in South Africa*, Athens, 2010.

WARD, *The struggle over land in Africa : conflicts, politics & change*, HSRC Press, 2010.

WEE, *Regulating the Human Rights Impact of State-owned Enterprises: Tendencies of Corporate Accountability and State Responsibility*, International Commission of Jurists, Danish Section, 2008.

WEIL, *Droit international et contrats d' États*, in *Le droit international: Unité et Diversité. Mélanges offertes à P. Reuters*, Paris, 1980, p 549 ss.

WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier*, in *Recueil des Courses* 1969, p. 101 ss.

WEIL, *The State, The Foreign Investor, and International Law: the No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2000, p. 402 ss.

- WEISS, *Globalization and State Power*, in *Development and Society*, 2000, p. 1 ss.
- WEISS, *Trade and Investment*, in *The Oxford Handbook of International Trade Law*, GUZMAN (ed.), Oxford, 2007, p. 183 ss.
- WENGLER, *Voelkerrecht*, Wien, 1964.
- WEST, *Food Security, Biofuels and Corporate Sustainability*, Boston, 2011
- WESTLAKE, *Principles of International Law*, 1894.
- WESTON, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth*, in *American Journal of International Law*, 1981, p. 437 ss.
- WESTRA, *Human right : the commons and the collective*, Vancouver, 2011.
- WHITE, BORRAS, HALL, SCOONES, WOLFORD, *The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2012, p. 619 ss.
- WIESSNER, *Indigenous Sovereignty: a Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, p. 1146 ss.
- WIESSNER, LENZERINI (eds.), *Rights of Indigenous Peoples*, International Law Association, 2010, p. 4 ss.
- WINDFUHR, *Access to land and water: Key elements of the human right to food?* in *Agriculture and Rural development*, 2005, p. 20 ss
- WOLF, *Will the Nation-State Survive Globalization?* in *Foreign Affairs*, Gennaio/Febbraio 2001, p. 178 ss.
- WOLFRUM, *The Protection of Indigenous Peoples in International Law*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, p. 369 ss.
- WORTMAN, *Choice of Law by arbitrators: The Applicable Conflict of Law system in Arbitration International*, 1998, p. 98 ss
- XUAN, *Permanent Sovereignty of States over natural resources* in *Selected articles from Chinese Yearbook of International Law*, 1983, pp. 125 e ss.
- YACKEE, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?* in *Law and Society Review*, 2008, p. 805 ss.
- YANNACA SMALL, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, *OECD Working Papers on International Investment*, n. 2004/4.

YUSUF, *International Law and Sustainable Development: The Convention on Biological Diversity*, in *African Yearbook of International Law*, 1994, p. 34 ss.

ZAMBRANO, *I popoli indigeni e la sovranità sulle risorse naturali*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 2009 p. 67 ss.

ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali, tra vecchie e nuove violazioni*, Milano 2009.

ZAMBRANO, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni*, in *La Comunità internazionale*, 2009, p. 55 ss.

ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946

ZIEGLER, GOLAY, MAHON , WAY, *The fight to the right to food. Lessons Learned*, Palgrave Macmillan, 2011.

ZIEGLER, *The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs)* in *European Yearbook of International Economic Law*, 2010.

Documenti OO.II.

AG, *The Future We Want*, A/RES/66/288, 11 September 2002.

AG, *Charter of Economic Rights and Duties of States*, A/RES/29/3281.

AG, *Declaration on the Right to Development*, A/RES/41/128.

AG, *Development and international economic co-operation*, A/RES/3362 (S-VII).

AG, *Interim Report of the Special Rapporteur on the right to food*, A/66/262

AG, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Res. 1803 (XVII)/17 UN GAOR Supp. No.17 at 15/UN Doc. A/5217, 1962

AG, *Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*, A/RES/3202.

AG, *Report of the Special Rapporteur on the right to food*, A/65/281.

CESCR, *Concluding Observations, Democratic Republic of Congo*, E./C./12/COD/CO/4, 16 Dicembre 2009.

CESCR, *Concluding Observations: Azerbaijan* E/C.12/1/Add.20, 22 December 1997.

CESCR, *General Comment No. 19, The right to social security (art. 9)* (Thirty-ninth session, 2007), UN Doc. E/C.12/GC/19.

CESCR, *General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, E/C.12/2002/11.

Commission on Human Rights, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, Final Report submitted by the Special Rapporteur Mr. José R. Martínez Cobo, UN Doc /CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, UN Sales No. E.86.XIV.3 (1986).

Commission on Sustainable Development, Report on the 15th Session, UN Doc. E/CN.17/2007/15.

FAO, *From Land grab to Win-Win. Seizing the Opportunities of International Investments in Agriculture. Economic and Social Perspectives. Policy Brief 4*. Roma, 2009 <http://fao.org/economic/es-policybriefs>

FAO, Committee on World Food Security, *Voluntary Guidelines for the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security*, 2012.

FAO, COTULA, DJIRÉ, TENGA (eds), *The Right to Food and Access to Natural Resources Using Human Rights Arguments and Mechanisms to Improve Resource Access for the Rural Poor*, 2009.

FAO, CRUZ, *A responsible governance of land tenure: an essential means for realizing the right to food*, Land Tenure Working Paper 15, Roma, 2010.

FAO, GERLACH, LIU, *Resource seeking Foreign Direct Investment in African Agriculture: A Review of Country Case Studies*, Roma, 2010

FAO, GOLAY., *The right to food and access to justice: Examples at the national, regional and international levels*. Right to Food Studies. Roma, 2009.

FAO, KNIGHT *Statutory recognition of customary land rights in Africa : an investigation into best practices for lawmaking and implementation*, Roma, 2010.

FAO, KNIGHT, *Statutory recognition of customary land rights in Africa : an investigation into best practices for lawmaking and implementation*, in FAO Legislative Study, Roma 2010

FAO, *Towards Voluntary Guidelines on responsible governance of tenure of land and other natural resources. Discussion paper*. LTWP No. 10. Roma, 2009.

FAO, *Undertaking on Plant Genetic Resources*, 1989

HRC, Human rights and access to safe drinking water and sanitation, UN Doc. A/HRC/RES/7/22.

HRC, Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation, UN. Doc.A/HRC/15/31.

HRC, Report of the Special Rapporteur on the right to food, *Addendum - Large-scale land acquisitions and leases: A set of minimum principles and measures to address the human rights challenge* A/HRC/13/33/Add.2.

HRC, Report of the Special Rapporteur on the right to food, DE SCHUTTER, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, A/HRC/19/59/Add.5.

HRC, Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, *Agribusiness and the Right to Food*, Report presentato al Consiglio dei Diritti Umani, UN Doc. A/HRC/13/33

HRC, Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, *Large-scale land acquisitions and leases: A set of minimum principles and measures to address the human rights challenge*, UN DOC. A/HRC/13/33/Add.2

HRC, SRSB *Business and Human Rights: Towards operationalizing the 'protect, respect and remedy framework'* A/HRC/8/5

Human Rights Committee, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993

Human Rights Committee, *Hertzberg et al. v. Finland*, Communication No. R.14/61 U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40).

Human Rights Committee, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Communication No.56/79 UN Doc. CCPR/C/13/ D/56/1979

Human Rights Committee, *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979.

Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984.

Human Rights Committee, *Nahlik c. Austria*, Communication No. 608/1995 U.N. Doc. CCPR/C/57/D/608/1995.

Human Rights Committee, *General Comment No. 23, art. 27*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 38 (1994).

IFAD, COTULA, VERMEULEN, LEONARD, KEELEY, *Land Grab or Development Opportunity? Agricultural Investment and International Land Deals in Africa*, Londra, Roma, 2009.

IFAD, *The Growing Demand for Land: Risks and Opportunities for Smallholder Farmers*, 2009.

IFAD, HAROLD, *Responding to 'land grabbing' and promoting responsible investment in agriculture*, in IFAD Occasional Paper Series, 2011

ILC, First Report on Responsibility of International Organizations by the Special Rapporteur Giorgio Gaja, A/CN.4/532.

ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN Doc. A/56/10.

ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries 2011, Report of the ILC on the Work of its Sixty-third Session, A/66/10 Supp. No. 10.

ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L682 (ILC Fragmentation Report), UN Doc A/CN.4/L702, (ILC Fragmentation Conclusions).

ILC, Report on the Law of Treaties by the Special Rapporteur J. L. Brierly, A/CN.4/23.

UNCTAD, *Selected Recent Development in IIA Arbitration and Human Rights*, IIA Monitor No.2, *International Investment Agreements*.

UNCTAD, World Investment Directory 2008 – Volume X: Africa.

UNCTAD, *World Investment Report 2009, Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, 2009

UNCTC *Work Related to the Code of Conduct on Transnational Corporations*, UN Doc. E/1989/28 Rev.1

UNCTC. *Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*, UN Doc. E/C.10/1985/S/2

UNEP, Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters, , UN Doc. UNEP/GCSS.XI/11(3 Marzo 2010).

UN-Water Global Annual Assessment of Sanitation and Drinking-water (GIAAS), 2012 Report.

WHO and UNICEF *Joint Monitoring Programme for Water Supply and Sanitation, Progress on Sanitation and Drinking-water*, 2013 Update.

Non UN Bodies

OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, 16 December 2005.

OECD Guidelines for multinational enterprises, 24 October 2014.

WORLD BANK, AREZKI – DEININGER - HARRIS, *What drives the global "land rush"?* Policy Research working paper , 2011.

WORLD BANK, The Inspection Panel, *Report and Recommendation on Request for Inspection Chad Development and Pipeline Project, Loan n. 4558 – CD*, 21 Agosto 2001.

WORLD BANK SHIHATA, *Legal Memorandum of the General Counsel*, 21 Dicembre 1990

WORLD BANK, DEININGER - JIN - ADENEW - GEBRE-SELASSIE – NEGA, *Tenure security and land-related investment - evidence from Ethiopia, Volume 1*, Policy Research working paper , 2003

WORLD BANK, *IFC Compliance Advisory Ombudsman, Final Report 36*, Aprile 2003

WORLD BANK, DEININGER K. – BYERLEE D. *The rise of large farms in land abundant countries : do they have a future?* Policy Research working paper , 2011

WORLD BANK, DEININGER, BYERLEE, LINDSAY, NORTON, SELOD, STICKLER, *Rising Global Interest in Farmland, Can it yield sustainable and equitable benefits?* in *Agriculture and Rural Development Series* , Washington D.C., 2011.

WORLD BANK, DEININGER, *Acceso a la tierra, desarrollo y reducción de la pobreza*, 2011.

WORLD BANK, DEININGER, *Land policies for growth and poverty reductions, World Bank Policy Research Report*, Washington D.C., 2003.

Giurisprudenza Internazionale

International Court of Justice

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgement 24 May 2007.

Anglo Iranian Oil Co Case, (Kingdom v. Iran), Judgement, 22 July 1952.

Armed Activities (Congo v Uganda), Judgement 19 December 2005.

Benin/Niger, Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment of 12 July 2005

Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, (Argentina v. Uruguay), Request for the indication of provisional measures, Order, 23 January 2007.

Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited. (Belgium v. Spain) Judgement 5 February 1970.

Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement, 25 Settembre 1997

East Timor (Portugal v. Australia), Judgement 30 June 1995.

ELSI, (United States of America v. Italy), Judgement 20 July 1989.

Fisheries (United Kingdom v. Norway) Judgment of 18 December 1951.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1907), Advisory Opinion 21 June 1971.

Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Judgment 26 November 1984.

Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom), Judgement of 17th November, 1953

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgement, 20 July 2012.

Western Sahara, Advisory Opinion, 16 October 1975.

Permanent Court of International Justice

Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, 25 May 1926, Series A, n. 7.

Norwegian Shipowners' Claims, 13 October 1922, Series A, n. 15

Lotus Case, France v. Turkey, Judgement 7 September 1927, Serie A, n. 10.

Ambatielos, Judgement 13 September 1928, Series A/B, No. 63

Serbian Loan Case, 29 July 1929 Series A n. 13.

Oscar Chinn, Judgement 12 December 1934, Series A/B, n. 63.

Losinger & Company, PCIJ, Order, 27 June 1936 Series A/B n. 67.

International Tribunal for the Law of the Sea

Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan), Order for Provisional Measures, 27 August 1999.

European Court of Human Rights

Banković v. Belgium and Others, Decision of 12 December 2001, (Rep. 2001–XI).

Fägerskiöld v. Sweden, Decision as to the admissibility of appl. No. 37664/04, 26 February 2008.

Holy Monasteries v Greece, Holy Monasteries v Greece, Judgment 9 December 1994 (Ser. A) No. 301-A.

Ilascu v. Moldavia and Russia, Judgment 8 July 2004, (Rep. 2004-VII)

Matos e Silva, Lda. and others v. Portugal, Judgement 16 September 1996. (Rep. 1996-IV).

European Court of Justice

Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen, C-386/08.

Foster v. British Gas Plc. C 188/89.

Hauer v. Land Rheinland Pfalz, C. 44/79.

African Commission on Human and Peoples' Rights

Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, Communication No. 276/2003, 4 February 2010.

SERAC c. Nigeria SERAC v Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 155/96, 27 October 2001.

Inter-American Commission on Human Rights

Moiwana Community v. Suriname, Preliminary Objections, Merits, Reparation and Costs, Judgement, 15 June 2005.

Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay, Judgment, 24 August 2010.

Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay, Inter-American Court on Human Rights, Judgment, 29 March 2006.

Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgment, 31 August 2001.

Indigenous Community Yakye Axa v Paraguay, Judgement, 17 June 2005.

Saramaka People v. Suriname, Judgement, 28 November 2007.

WTO Panel and Appellate Body Reports

Appellate Body Report, Canada – Autos, Appellate Body, WT/DS/139/DS142/AB/R, 19 June 2000.

Appellate Body Report, Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft – Recourse by Brazil to Art. 21.5 of the DSU, WT/DS70/AB/RW, 21 July 2000.

Appellate Body Report, Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, WT/DS/103/DS113/AB/R, 27 October 2009.

Appellate Body Report, United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS108/AB/RW/2, 14 March 2006,

Appellate Body Report, United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 June 2012.

Appellate Body Report, United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, WT/DS381/R, 16 May 2012.

GATT Panel Report L/5504, 7 February 1984.

Report of the Panel, Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather, WT/DS126/R, 25 May 1999.

Report of the Panel, Indonesia – Certain Measures Affecting Automobile Industries, WTO/DS64/R, 2 July 1998.

Report of The Panel, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS538/AB/R, 12 October 1998.

Sentenze Arbitrali

Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, 1990, ICSID Case n. ARB/87/3.

Aminoil v. Kuwait, ILM, 1982, p. 1021 ss.

Aramco v. Saudi Arabia, ILM, 1980, p. 896 ss.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case n. ARB/01/12

British Petroleum v. Libia, ILR, 1979, p. 635 ss.

Calasiatic et Texaco v. Libia, ILR, 1975, p. 987 ss.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina ICSID Case No. ARB/01/8.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, (UNCITRAL/NAFTA), Partial Award of 19 August 2005.

Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran, *Iran- United States Claims Tribunal*, CTR, p. 228, 1986.

Framatome v. Atomic Energy Organization of Iran, ICC, *Journal du Droit International*, 1984, p. 58 ss.

In the Matter of Revere Copper and Brass, Inc., ILR, 1980, 528 ss.

Iron Rhine, PCA, Award, 24 May 2005.

Island of Palmas Case (or Miangas), *United States v Netherlands*, PCA, Award, 4th April 1928, RIAA, p. 829 ss.

Lac Lanoux Arbitration, *Spagna c. Francia*, ILM, 1957, p. 101 ss.

LETCO v. Republic of Lyibia, ILR, 1986, p. 356 ss.

LG&E Energy Corp. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/02/1.

Liamco v. Libia, ILR, 1977, p. 564.

Maffezini v. Spain, ICSID Case No.. ARB/97/7.

Methanex v. United States Methanex Corporation v. United States, Final Award, 3 August 2005.

Mondev International Ltd v. United States of America, ICSID Case no. ARB(AF)/99/2.

MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. The Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7.

Occidental Exploration and Production Company (OEPC) v. The Republic of Ecuador UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467.

Olguín v. Paraguay ICSID Case No. ARB/98/5.

Pablat Ticaret Ltd v. Norsolos Sa., ILR, p. 322, 1986.

Parkerings-Compagniet v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8.

Petroleum Development Ltd v. Sheick of Abu Dhabi, ILR, 1951, p. 144 ss

Phoenix Action Ltd v. Czech Republic ICSID Case, No ARB/06/05..

Piero Foresti and Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB (AF)/07/1,

Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada (UNCITRAL/NAFTA), Award on the Merits of Phase, 2 April 2001.

Ruler of Qatar v. International Maritime Oil Co., ILR, 1953, p. 534 ss.

S. Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1

S.D. Meyers Inc. v. Canada, (UNCITRAL/NAFTA), ILM, 2000, p. 408 ss

Saluka Investments BV v. The Czech Republic (UNCITRAL), Partial Award, 17 March 2006

Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Co., ILR, 1967, p. 457

Saudia Arabia v. Arabian American Oil Company, ILR 1963, p. 117 ss,

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6.

SPP v. Egypt, ICSID Award, ICSID Reports, 1983, p. 101.

Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran Iran-United States Claims Tribunal, ILR, 1983, p. 122.

Tecmed SA v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Award, No. ARB (AF)/00/2.

Too v. Greater Modesto Insurance Associates, Iran-United States Claims Tribunal, ILR, 1989, p. 378.

Trail Smelter Arbitration, Usa c. Canada, in *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. III, p. 1905 ss.

Waste Management v. Mexico ICSID Case No. ARB(AF)/00/3.

Work Ltd v. Republic of Kenya, ICSID Case No ARB/00/7.

Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar, ASEAN I.D. Case No. ARB/01/1, ILM, 2003, p. 540 ss.

Corti Nazionali

Nguti Court Division, December 2011, Cameroun.

Soc. européenne d'études et d'entreprises c. État français, Tribunal Administratif de Paris, 10 Février 1970.

Delgamuukw v. British Columbia, Canada Supreme Court, Judgement 1010/1997.

Lindiwe Mzibuk and Others v. Johannesburg Water and Others, South African High Court, Witwatersrand Local Division, n. 06/13865, Judgement 7 July 2007.

Attorney General v Akonaay, Lohar and Another, Court of Appeal of Tanzania, Judgement 2007.

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others, South-African Constitutional Court.

Mulbadaw Village Council & 67 others v. Nafco, Supreme Court of Tanzania, Judgement n. 10/1981.